Das Recht der stillen Gesellschaft

auf Grund der Bestimmungen

des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897 und des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Paul Mitscher

Referendar

aus **Berlin.**

ACAD. LAND. BAT. BIBL.

Würzburg.

C. J. Becker's Universitäts-Buchdruckerei.

1903.

Meiner Mutter.

Inhalts-Verzeichnis.

Erstes Kapitel.

§ 1. Begriff und Erfordernisse der stillen Gesellschaft . .
§ 2. Geschichtliche Entwickelung . . . . . .
§ 3. Juristische Konstruktion . . . . . .

Zweites Kapitel.

Die stille Gesellschaft in ihren einzelnen Beziehungen.

§ 4. A. Entstehung . . . . . .
B. Das Verhältnis während des Bestehens . . .

a) nach innen.

§ 5. 1. Die Einlage des stillen Gesellschafters und der Beitrag des Geschäftsinhabers . . . .
§ 6. 2. Betriebskapital . . . . . .
§ 7. 3. Gewinn und Verlust . . . . . .
§ 8. 4. Geschäftsführung . . . . . .

b) nach außen.

§ 9. 1. Vertretung . . . . . .
§ 10. 2. Die Haftung . . . . . .
§ 11. C. Abänderung der stillen Gesellschaft . . . .
D. Auflösung . . . . . .
§ 12. Ursachen . . . . . .
§ 13. Wirkungen . . . . . .

α) im Allgemeinen.
β) im Besonderen.

Litteratur.

Bürgerliches Gesetzbuch und Einführungsgesetz von Planck Berlin 1897.

Behrend „Lehrbuch des Handelsrechts" Berlin 1896.

Cosack, Konrad „Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1 Bd. Jena 1898 2 Bd. 3. Aufl. Jena 1901.

— — „Lehrbuch des Handelsrechts" 3. Auflage Stuttgart 1895 4. Auflage Stuttgart 1898.

Crome „Die partiarischen Rechtsgeschäfte" Freiburg 1897.

Dernberg „Pandekten" 3. Auflage Berlin 1892.

Endemann „Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts Leipzig 1881.

— — „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts" Berlin 1899 6. Auflage.

Fischer-Henle „Handausgabe zum Bürgerlichen Gesetzbuch" 2. Auflage München 1898.

Gareis „Das Deutsche Handelsrecht" Berlin 1892, 6. Auflage Berlin 1899.

Gierke „Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung Berlin 1887.

von Hahn „Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch" 3. Auflage Braunschweig 1877.

Jaeger „Die Konkursordnung auf der Grundlage des neuen Reichsrechts" Berlin 1899.

Kohler „Kommenda im islamitischen Recht."

Knoke „Das Recht der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch" Jena 1901.

Lastig „Die stille Gesellschaft" Habilitationsschrift. Halle 1871.

Lehmann Ring „Kommentar zum Handelsgesetzbuch" Berlin 1899.

Litthauer „Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897" Berlin 1898.

Makower „Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch" Berlin 1893.

— — Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897" Berlin 1898.

Mommsen „Corpus iuris civilis" Berlin 1889.

Neumann „Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs" Berlin 1898.

Oertmann „das Recht der Schuldverhältnisse" Berlin 1899.

Renaud Das Recht der Kommanditgesellschaft" Leipzig 1881.

Renaud „Das Recht der stillen Gesellschaft" herausgegeben von Laband, Heidelberg 1885.

Scherer „Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs" Erlangen 1899.

Seuffert „Deutsches Konkursprozeßrecht" Leipzig 1899. Binding Hdbch. 9. Abt 3. Teil.

Silberschmidt „Die Kommenda in ihrer frühesten Entwickelung" Würzburg 1884.

Sohm „Institutionen des römischen Rechts" Leipzig 1889.

Staub „Kommentar zum allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch" Berlin 1894.

— — Kommentar zum Handelsgesetzbuch 6. und 7. Auflage. Berlin 1900.

Thöl „das Handelsrecht" 6. Auflage, Leipzig 1879.

Willenbücher „das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch" Berlin 1890.

Protokolle der Komission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs herausgegeben von Lutz, Würzburg 1861.

Die gesammten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen von Hahn, fortgesetzt von Mugdan, Berlin 1897, 6. Bd. Handelsgesetzbuch.

Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich herausgegeben pon Mugdan. Berlin 1899.

Neues Archiv für Handelsrecht herausgegeben von Voigt, Heinchen uud Weber. 2 Bd. Hamburg 1860. Nr. 18. „Die stille Handelsgesellschaft" von Voigt.

Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler und Ring. Berlin 1889.

Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht herausgegeben von Goldschmidt.

Entscheidungen des Reichsgerichts und des Reichsoberhandelsgerichts zitiert R. G. und R. O. H. G.

Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen bearbeitet von Bolze.

M. E. bedeutet „meines Erachtens."

B. G. B. „ Bürgerliches Gesetzbuch.

H. G. B. „ Handelsgesetzbuch v. 10. Mai 1897.

A. D. H. G. B. bedeutet Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.

A. L. R. bedeutet Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten.

K. O. bedeutet Konkursordnung vom 10. Februar 1877 in der Fassung vom 17. Mai 1898.

Erstes Kapitel.

§ 1.

Begriff und Erfordernisse der stillen Gesellschaft.

Diejenigen positiven Rechtsvorschriften, die sich auf die stille Gesellschaft beziehen, finden sich im fünften Abschnitt des zweiten Buchs in den §§ 335—342 des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897 aufgezeichnet. Doch sind sie keineswegs erschöpfend; es befindet sich nicht einmal eine Definition von der stillen Gesellschaft darunter.

Es lassen sich jedoch, wie die Denkschrift[1]) und sich dieser anschließend Staub[2]) angibt, wenigstens ihr Begriff und ihre Erfordernisse dem Inhalte der §§ 335 und 336 Abs. 2, Satz 2 entnehmen. Hiernach läge also eine stille Gesellschaft dann vor, wenn sich jemand an dem Handelsgewerbe eines anderen mit einer in das Vermögen des andern übergehenden Vermögenseinlage derart beteiligt, daß er am Gewinn teilnimmt und von der Tragung des Verlustes hingegen ausgeschlossen sein kann, ohne jedoch durch die im Handelsgewerbe abgeschlossenen Geschäfte unmittelbar berechtigt und verpflichtet zu werden.

M. E. ist aber die aus den §§ 335 und 336 Abs. 2, Satz 2 H. G. B. abgeleitete Begriffsbestimmung der stillen Gesellschaft zu eng. Es ist aus ihr, was Renaud[3]) bereits als einen Mangel der im A. D. H. G. B.[4]) enthaltenen Legaldefinition rügte, nicht zu

[1]) Denkschrift S. 183.
[2]) Staub. H. G. B. S. 995 Anm. 4 zu § 335.
[3]) Renaud stille Ges. S. 71.
[4]) Art 250.

ersehen, wie weit der stille Gesellschafter, wenn er es tut, am Verluste des Handelsgewerbes teilnehmen muß. Darüber gibt § 337 Abs. 2, S. 1 H. G. B. Auskunft, wonach der stille Gesellschafter nur bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage Teil nimmt. Will man also eine vollständige Begriffsbestimmung aufstellen, so hat man hierbei auch noch den § 337 Abs. 2, S. 1 H. G. B. zu berücksichtigen.

Erfordernisse der stillen Gesellschaft sind folgende:

Ein Vertrag als Grundlage der Beteiligung[1]). Von den den Vertrag bewirkenden Parteien muß mindestens die eine, die Empfängerin der Einlage, die Eigenschaft eines Kaufmanns haben. Die eine Partei hat eine Vermögenseinlage zu leisten und zwar so, daß sie in das Vermögen des andern übergeht. Mit dieser Einlage hat sie sich an dem Handelsgewerbe der andern Partei zu beteiligen, nicht etwa an den einzelnen Geschäften des betreffenden Handelsbetriebes.

An dem im Handelsbetriebe entstehenden Verlust hat sie sich nur bis zur Höhe iher eingezahlten oder rückständigen Einlage zu beteiligen, falls nicht im Vertrage die Beteiligung am Verluste gänzlich für sie ausgeschlossen ist. Die andere Partei ist hingegen verpflichtet, ihr die Teilnahme am Gewinn einzuräumen.

Unter den im H. G. B. §§ 335 – 442 gegebenen Vorschriften findet sich jedoch keine, die die juristische Konstruktion klar zum Ausdruck brächte. Die unter der Geltung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs entstandenen Streitfragen, ob die stille Gesellschaft überhaupt unter den Begriff der Gesellschaft zu stellen sei oder nicht, sind also durch das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 nicht entschieden worden. Wohl aber ist dies durch das bürgerliche Gesetzbuch geschehen, indem m. E. unter den vom Bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellten Gesellschaftsbegriff auch die stille Gesellschaft fällt. Doch bevor auf die Untersuchung dieser Frage eingegangen wird, ist es erforderlich, einen kurzen Abriß der geschichtlichen Entwickelung der stillen Grsellschaft zu geben.

---

[1]) Behrend Handelsrecht § 91. S. 658.

§ 2.
Geschichtliche Entwickelung.

Die stille Gesellschaft ist gemeinsam mit der Kommanditgesellschaft aus dem Kommenda-Vertrage, der sich bereits im frühen Mittelalter in den Handelsstädten Oberitaliens, begünstigt durch das kanonische Zinsverbot, entwickelt hatte, hervorgegangen. Kommenda ist eine Vertragsform, bei der jemand, genannt commendator, einem andern, tractator, Geld oder Waren anvertraute, um damit Handelsgeschäfte zu machen, und ihm einen Teil des Gewinnes überließ.[1]) Für den aus dieser Verbindung entstehenden Verlust haftete der Kommendator nur mit seinem Beitrage.

Bei dieser ältesten Form der Kommenda war der tractator gewöhnlich mittellos. In der Folge jedoch war der tractator gleichfalls kapitalkräftig oder besaß bereits ein Handelsgewerbe, an dem sich der commendator beteiligte.[2]) Aus dieser Vertragsform mit zweiseitiger Kapitalsbeteiligung entwickelte sich einerseits die collegantio oder societas maris, später societas per viam accommanditae genannt, eine Gesellschaftsform, die nach außen hervortrat und unserer heutigen Kommanditgesellschaft entspricht, andererseits die societes per modum participationis, die unserer heutigen stillen Gesellschaft entspricht, die nach außen also nicht hervortrat und bei der die Einlage in das Vermögen des tractators überging.

In Deutschland hatten sich bei den Hanseaten des Mittelalters von den italienischen unabhängige, aber ihnen genau entsprechende Gesellschaftsformen gebildet. Die vera societas oder wedderleginge entsprach der collegantia, die sendeve, die in den Lübecker Stadturkunden ausdrücklich als societas bezeichnet wird, der societas per modum participationis.[2])

---

[1]) Der Kommenda entspricht der Kiradvertrag des Islamitischen Rechts. Vergl. „Kohler, Commenda im Islamitischen Recht."

[1]) Vgl. Silberschmidt „Commenda S. 134—139."

[1]) Vgl. Rehme Goldschmidt Ztschrft. Bd. 42 S. 372.

[2]) Der sendeve und wedderleginge entsprechende Formen von Capitalassociationen finden sich auch bei den Nordgermanen. Vgl. darüber „Pappenheim, Altnordische Handelsgesellschaften." Goldschmidts Ztschrft. Bd. 36. S. 85.

Diese dem deutschen Recht angehörigen Formen von Kapitalassociationen, die der heutigen stillen und Kommanditgesellschaft entsprechen würden, haben sich in Deutschland nicht in ruhiger Weise entwickelt, sondern ihren Weg über Frankreich nehmend und in französischer, bereits nicht mehr klarer Umbildung, haben die italienischen Formen der Kommenda die Entwickelung in Deutschland gestört.

Die italienische Kommenda drang in Frankreich bei dem bedeutenden Handelsverkehr zwischen Frankreich und Italien ein und erfuhr nach einigen weniger bedeutenden Vorläufern[1]) ihre erste umfassendere gesetzliche Regelung in der ordonnance de commerce vom Jahre 1673 unter Louis XIV.[2]) Dieses Gesetz regelte jedoch nur die accommandita und nicht die sich noch im Verkehr befindliche participatio. Infolgedessen wandte man auch auf die participatio die Vorschriften der Kommanditgesellschaft an und es entstand hier zuerst die auch in Deutschland später hervortretende Vermengung der Typen der beiden Gesellschaften.

Dort hatte sich eine der participatio entsprechende Gesellschaftsform erhalten, die man im 18. Jahrhundert als Gemächlichkeitsgesellschaft bezeichnete.[3]) Häufiger wandte man jedoch den der ordonnance du commerce entlehnten Ausdruck sociétéen commandite an, ohne dabei zu bedenken, daß die französische Gesetzgebung nur die societas per viam accommandita geregelt hatte.. Dieser Ausdrucksweise bedient sich auch das preußische Landrecht,[4]) indem es den stillen Gesellschafter associé en commandite nannte. Es war hier gleichfalls eine Vermischung der beiden Gesellschaftsformen eingetreten, die sich auch in späteren Entwürfen, wie dem Württembergischen[5]) und Nassauischen[6]) vorfanden. Erst die Nürnberger

---

[1]) Renaud „stille Ges." S. 13. ordonnance de blois 1579 und ordonnance 1629.

[2]) Renaud „stille Ges." S. 13. ordonnance de commerce titre IV. art. 2 und art. 6.

[3]) Renaud „stille Ges." S. 31, derselbe „Kommanditges." S. 38.

[4]) A. L. R. Teil II Titel 8 § 651 § 795.

[5]) Entw. Art. 235/236.

[6]) Entw. § 89.

Konferenz[1]) beseitigte die eingetretene Begriffsverwirrung und es sind daher im A. D. H. G. B. vom Jahre 1861 die stille Gesellschaft[2]) und die Kommanditgesellschaft[3]) besonders geregelt und gleichfalls im Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.[4])

§ 3.

Juristische Konstruktion der stillen Gesellschaft.

Die eben gegebene geschichtliche Entwickelung der stillen Gesellschaft weist darauf hin, diese als Gesellschaft zu konstruieren. Doch lassen sich dagegen hauptsächlich zwei Einwendungen erheben. Erstens fehlt der stillen Gesellschaft ein Gesellschaftsvermögen, denn die Einlage des stillen Gesellschafters geht in das Vermögen des andern über. Im Gegensatz zu ihr ist bei den Gesellschaften des Handelsrechts ein besonderes Gesellschaftsvermögen vorhanden und desgleichen bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs; und gerade das nach dem Prinzip der gesammten Hand organisierte Vermögen dieser Gesellschaft ist für sie besonders charakteristisch. Ein zweites Moment ist, daß die stille Gesellschaft nicht wie die Gesellschaften des Handelsrechts und die Gesellschaften des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch außen hervortritt.

Dagegen kann man aus der Tatsache, daß der stille Gesellschafter dem Geschäftsinhaber die Einlage in der Art gibt, daß sie in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergeht, und aus der Verpflichtung, daß der Geschäftsinhaber die Einlage nach Auflösung des Vertragsverhältnisses zurückerstatten muß, folgern, daß ein Darlehn vorliegt, wenn auch in modificierter Form.[5]) Gegen die Natur des Darlehens spricht auch nicht, daß der stille Gesellschafter am Gewinn des Handelsgewerbes teilnimmt. Als Entgelt für ein Darlehen sind keineswegs feste Zinsen notwendig. Es kann ebenso gut irgend ein anderes Entgelt gegeben werden.

---

[1]) Lutz S. 1030.
[2]) Art. 250—265.
[3]) Art. 150—172.
[4]) §§ 161—177 Commanditges. §§ 335—342 stille Ges.
[5]) Lastig, Endemanns Hdbch. d. Hdlsrchts. S. 707.

Desgleichen ist der Einwand gegen die Konstruktion als Darlehn, daß der Darlehnsgläubiger ein Recht darauf hat, Sachen von gleicher Art und Güte zurückzuerhalten,[1]) der stille Gesellschafter hingegen nur ein Rückforderungsrecht in Geld, mag nun seine Einlage aus Geld oder anderen Vermögensgegenständen bestehen, hinfällig. Ein Darlehn, bei dem nicht Sachen von gleicher Art und Güte zurückgegeben werden, ist sehr wohl denkbar. Es sei nur an den gemeinrechtlichen contractus mohatrae erinnert, der auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch wohl möglich ist.[2])

Gegen die Konstruktion als Darlehn lassen sich jedoch mehrere andere schwerwiegende Bedenken geltend machen.

Erstens ist M. E. auch noch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch das Darlehn ein Realvertrag d. h. er kommt nur zu Stande durch die Hingabe der zum Darlehn dienenden Sachen.[3]) Dagegen ist der Vertrag zwischen Geschäftsinhaber und dem stillen Gesellschafter wie der Gesellschaftsvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897 ein Konsensualvertrag d. h. er wird schon auf den bloßen Konsens hin klagbar. (consensu contrahitur). Dagegen ließe sich jedoch erstens einwenden, daß es durchaus nicht unbestritten ist, ob das Darlehn ein Realvertrag ist. Es kommt vielmehr nach Kohlers[4]) Ansicht gleichfalls schon durch den bloßen Konsens zu stande. Zweitens wäre, wenn man auch das Darlehn als Realvertrag anerkennt, der Vertrag zwischen stillem Gesellschafter und Geschäftsinhaber ein pactum de mutno dando. Doch ist dem, mag man nun mit Kohler annehmen, daß das Darlehn schon durch bloßen Konsens zu Stande kommt oder bei dem bloßen Konsens erst den Abschluß eines Vorvertrages erblicken, entgegenzuhalten, daß die Bestimmung des § 341 Abs. 2 H. G. B.,

---

[1]) B. G. B. § 607.

[2]) Oertmann S. 324 Anm. 2, a und c zu § 607 B. G. B. Schuldverhältnisse.

[3]) Oertmann „Schuldverhältnisse" S. 322. 2. Crome „Partiarische Rechtsgeschäft" S. 368 und 371. Endemann B. G. B. S. 834. § 184. Vgl. auch Motive S. 306.

[4]) Kohler in seinem Aufsatz im Archiv f. bürgerliches Recht, Bd. 2. S. 211 ff.

wonach der stille Gesellschafter verpflichtet ist, beim Konkurse des Geschäftsinhabers seine rückständige Einlage bis zu dem festgesetzten Betrage, welcher zur Deckung seines Anteils am Verlust erforderlich ist, zur Konkursmasse einzuzahlen, mit der Bestimmung des § 610 B. G. B. unvereinbar ist. Denn nach § 610 B. G. B. kann, wenn eine nachträgliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Darlehnsnehmers eingetreten ist, derjenige, der das Darlehn versprochen hat, zurücktreten. Der Vertrag ist also unter der clausula rebus sic stantibus geschlossen. Der Konkurs des Geschäftsinhabers wäre aber gerade eine nachträgliche Vermögensschädigung, die dem stillen Gesellschafter, falls er dem Geschäftsinhaber die Zahlung eines Darlehns versprochen hat, das Recht gäbe, auf Grund des § 610 B. G. B. zurückzutreten. Der § 341 Abs. 2 H. G. B. zeigt also deutlich, daß der Vertrag, wodurch die stille Gesellschaft entsteht, nicht unter der clausula rebus sic stantibus abgeschlossen wird.

Der Darlehnsgläubiger hat darauf, daß ihm das Darlehn und der Entgelt dafür zurückerstattet wird, einen festen Anspruch. Er ist, abgesehen von der Insolvenz des Schuldners nicht abhängig von dessen wirtschaftlichem Prozperieren und, hat der Gläubiger eine Sicherheit in Händen, so kann er selbst der sonstigen Insolvenz des Schuldners ruhig entgegensehen. Bei der stillen Gesellschaft hingegen ist der stille Gesellschafter auf Rückerstattung seiner Einlage und Auszahlung seines Gewinnanteils oder Zinsen auf das wirtschaftliche Ergebnis des Handelsgewerbes des Geschäftsinhabers angewiesen.

Ferner ist mit dem Begriff des Darlehns unvereinbar, daß die Gläubiger des stillen Gesellschafters nach § 339 H. G. B. berechtigt sind, vor Ablauf des Vertrages zwischen dem Geschäftsinhaber und dem stillen Gesellschafter denselben zu kündigen.

Desgleichen sind die Bestimmung, daß die Einlage des stillen Gesellschafters zu dem bestimmten Zweck, ein Handelsgewerbe zu betreiben, gegeben wird und die dem stillen Gesellschafter vom Gesetze infolgedessen zugebilligten Kontrolrechte über des Handelsgewerbes Vertragsbestimmungen, die mit dem Darlehn in keiner Beziehung etwas zu tun haben. Dem Darlehensgläubiger ist die Verwendung des als Darlehn gegebenen völlig gleichgültig; ihm

ist die Tatsache, sein Geld nachher wieder zu erhalten, die wichtigste.

Diese eben angeführten Bestandteile des zwischen dem Geschäftsinhaber und dem stillen Gesellschafter abgeschlossenen Vertrages beweisen zur Genüge, daß man ihn nicht unter den Begriff des Darlehens stellen darf. Vielmehr sind es alles Eigenschaften, die dem Charakter eines Gesellschaftsvertrages entsprechen würden.

Einen Ausgleich haben nun eine Anzahl namhafter Juristen wie von Hahn[1]) und Behrend[2]) versucht, indem sie eine Mittelmeinung aufstellten. Sie erkannten an, daß der der stillen Gesellschaft zu Grunde liegende Vertrag manches enthalte, was ihn als Gesellschaftsvertrag bezeichnen könnte. Es ging ihnen daher seine Konstruktion als Darlehen zu weit und sie stellten den Begriff des modifizierten Gläubiger- oder Kreditverhältnisses auf.

Dies ist als unrichtig zurückzuweisen. Die stille Gesellschaft ist eine Gesellschaft, wie die folgende Auseinandersetzung zeigen wird, und, wenn der Beweis hiefür erbracht ist, fällt der Versuch, sie als ein besonderes Rechtsverhältnis, das aus Bestandteilen des Darlehensvertrages und des Gesellschaftsvertrages gemischt ist, zu konstruieren, von selbst in sich zusammen.

Es fragt sich nun, ob die beiden gegen den Gesellschaftscharakter der stillen Gesellschaft erhobenen Einwendungen, daß sie erstens kein Gesellschaftsvermögen besitze und zweitens, daß sie nicht nach außen hervortrete, durchdringen; mit andern Worten, ob es bloße Innengesellschaften geben kann und ob es für den Gesellschaftsbegriff notwendig ist, daß ein Gesellschaftsvermögen vorhanden ist. Ferner fragt es sich, ob die stille Gesellschaft alle für den Gesellschaftsbegriff notwendigen Merkmale besitzt.

Maßgebend für die Essentialien des Gesellschaftsvertrages ist das Bürgerliche Gesetzbuch. Dies sagt im § 705:

„Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in

[1]) von Hahn A. D. H. G. B. S. 768 § 2 zu Art. 250.
[2]) Behrend Hdlsrcht. S. 606, Note 46.

der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinten Beiträge zu leisten."

Bei der stillen Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897 sind diese Erfordernisse vorhanden. Der Geschäftsinhaber und der stille Gesellschafter verpflichten sich zur Erreichung des Zwecks, in dem Handelsgewerbe des Geschäftsinhabers möglichst hohen und ertragreichen Gewinn zu erzielen. Der Zweck muß aber, wie das Gesetzbuch sagt, ein gemeinsamer sein; d. h. also, die Parteien müssen ihn in gleicher Weise wollen, er muß daher auch in gleicher Weise, wenn er gelingt, ihnen zum Vorteil gereichen und, wenn er mißlingt, zum Nachteil.

Dies ist bei der stillen Gesellschaft der Fall. Gelingt dem Geschäftsinhaber und dem stillen Gesellschafter der Zweck, so trifft beide der Vorteil, indem sie gemeinschaftlich am Gewinn teilnehmen. Mißlingt er, so haben sie gleichfalls gemeinsam den daraus entstehenden Nachteil auf sich zu nehmen. Dies wird auch keineswegs ausgeschlossen, wenn der stille Gesellschaften von der Beteiligung am Verlust befreit ist. Der Nachteil, der ihn in gleicher Weise wie den Geschäftsinhaber trifft, besteht eben darin, daß er keinen Gewinn erhält, den er, wenn nicht mit Verlust gearbeitet worden wäre, hätte ziehen können, und in der Tatsache, daß das in der stillen Gesellschaft investierte Kapital keinen Ertrag gebracht hat.

Auch die Beiträge, die im § 705 B. G. B. zur Erreichung des Gesellschaftszwecks gefordert werden, sind bei der stillen Gesellschaft vorhanden. Sie bestehen auf Seite des stillen Gesellschafters in der Leistung einer Einlage und von Seiten des Geschäftsinhabers darin, daß er das Handelsgewerbe betreibt.

Ein Gesellschaftsvermögen ist jedoch nicht notwendiges Erfordernis einer Gesellschaft. Die Beitragsleistung braucht wie jede andere Leistung einen Vermögenswert nicht darzustellen. Wenn also die Beiträge zu einer Gesellschaft keinen Vermögenswert haben, kann also auch kein Gesellschaftsvermögen entstehen. Selbst wenn die Beiträge einen Vermögenswert darstellen, ist nicht notwendig, daß sie zur Bildung eines Gesellschaftsvermögens verwandt werden,

sondern die Parteien können vereinbaren, daß sie in das Eigentum eines einzelnen Gesellschafters übergehen sollen.[1])

Das Hervortreten der Gesellschaft nach außen bildet zwar ein wesentliches Erfordernis der Gesellschaften des Handelsrechts, aber das Bürgerliche Gesetzbuch verlangt dies nicht. Die Normen, die das Bürgerliche Gesetzbuch für das Hervortreten nach außen giebt, sind nur dispositiver Natur. Es widerspricht also nicht dem Gesellschaftsbegriff, wenn die Parteien verabreden, daß die Gesellschaft nicht nach außen hervortrete.

Die stille Gesellschaft besitzt also alle Erfordernisse, die das Bürgerliche Gesetzbuch von einem Vertrage verlangt, um unter den Begriff der Gesellschaft zu fallen.[2]) Es ist daher nicht notwendig, den Begriff der erweiterten Sozietät aufzustellen, wie dies Behrend[3]) getan hat, um die stille Gesellschaft dem Gesellschaftsbegriff zu unterstellen.

---

[1]) Cosack. B. G. B. 3. Aufl. S. 393.

[2]) Denkschr. S. 183, Renaud „stille Ges." S. 94.

[3]) Behrend „Hdlsrcht." S. 666.

Zweites Kapitel.

Die stille Gesellschaft in ihren einzelnen Beziehungen.

§ 4.

A. Entstehung.

Zur Entstehung der stillen Gesellschaft ist notwendig ein Vertrag.

Für die Form des Vertrages sind die Normen des Bürgerlichen Rechts maßgebend. Er ist also grundsätzlich formlos. Mit Recht ist daher die Bestimmung des Art. 250 A. D. H. G. B., wonach die Formfreiheit noch ausdrücklich hervorgehoben worden war, in das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 nicht mehr aufgenommen worden.[1])

M. E. wird jedoch die Formfreiheit einige Einschränkungen erfahren müssen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch verlangt im § 311 von einem Vertrage, durch den ein Teil sich verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauche zu belasten, gerichtliche oder notarielle Form. Ferner verlangt das Bürgerliche Gesetzbuch von einem Vertrage, durch den ein Teil sich verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, gleichfalls gerichtliche oder notarielle Form.[2]) Enthält also der Vertrag, durch den die stille Gesellschaft errichtet wird, derartige Verpflichtungen für die eine oder die andere der Parteien, ist für ihn die gerichtliche oder notarielle Form erforderlich. Geschieht dies nicht, so ist auf Grund des § 139

---

[1]) Vgl. Denkschrift S. 183.

[2]) § 313 B. G. B.

B. G. B. der ganze Vertrag auch in den sich nicht auf diese Verpflichtungen beziehenden Teilen hinfällig; es sei denn daß die Parteien nachwiesen, daß sie auch ohne die Grundstückseinbringung und Vermögensübertragung die stille Gesellschaft errichtet hätten.

Darüber, ob die Formlosigkeit des Vertrages, durch den eine stille Gesellschaft errichtet wird, so weit gehen kann, daß er durch konkludente Handlungen geschlossen werden kann, herrscht nicht Einstimmigkeit. Hervorragende Juristen wie Lehmann,[1]) Staub[2]) und Behrend[3]) bejahen diese Frage und m. E. mit Recht. Dagegen steht Renaud[4]) auf anderem entgegengesetzten Standpunkte. Er wendet ein, daß der Vertrag gewisse Feststellungen erfordere, welche, wie die Einlage des stillen Gesellschafters, ihrer Natur nach nur mittelst ausdrücklicher Regelung möglich sind.[5]) In dieser Verallgemeinerung ist diese Ansicht von Renaud nicht zu billigen. Ob derartige Feststellungen ausdrücklich notwendig sind, hängt von dem einzelnen Fall ab. Es ist sehr wohl denkbar, daß sich die stille Gesellschaft stillschweigend bilden kann. Die daraus entstehenden Folgen werden sich aus den herrschenden Handelsgebräuchen ergeben.

Der Inhalt des Vertrages ist durch keine gesetzlichen Bestimmungen geregelt. Er wird im Allgemeinen Bestimmungen über die Höhe der Einlage, Beteiligung am Gewinn und Verlust und die Personen der Teilnehmer enthalten müssen. Im einzelnen steht den Parteien vollständig frei darüber zu disponieren. Nur darf er keine Bestimmungen, die dem Wesen der stillen Gesellschaft entgegen stehen würden, treffen z. B. nicht eine derartige, daß der stille Gesellschafter keine Einlage zu leisten brauchte.

Dagegen kann m. E. wohl von den Vertragschließenden vereinbart werden, daß der stille Gesellschafter an der Leitung der Geschäfte des Handelsgewerbes des Geschäftsinhabers teilnehme, ferner daß er als Handlungsgehilfe, Handlungsbevollmächtigter oder

---

[1]) Lehmann-Ring S. 667. Anm. 12 zu § 335.
[2]) Staub S. 998 § 335 Anm. 23.
[3]) Behrend S. 663 III. § 91 Anm. 29.
[4]) Renaud „stille Ges." S. 98.
[5]) codem.

Prokurist in das Handelsgewerbe des Geschäftsinhabers eintrete. Auch kann dem stillen Gesellschafter für seinen Anspruch aus dem Gesellschaftsverhältnisse eine Hypothek an dem Grundbesitz des Geschäftsinhabers bestellt werden.[1]) Einer Pfändung des Zubehörs von Seiten der Geschäftsgläubiger kann der stille Gesellschafter dann wirksam widersprechen.[2])

In seiner Wirkung erzeugt der Vertrag, wodurch die stille Gesellschaft errichtet wird, kein dingliches Verhältnis zwischen den Parteien, sondern nur ein obligatorisches. Denn die Einlage des stillen Gesellschafters muß in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergehen[3]) und der stille Gesellschafter hat nur ein Rückforderungsrecht in Geld.[4])

Die Anzahl der Vertragschließenden ist bei der stillen Gesellschaft eine beschränkte. Es können immer nur deren zwei sein. Dies folgt aus der in den §§ 335 und 336 H. G. B. gegebenen Begriffsbestimmung. In dieser Hinsicht steht die stille Gesellschaft ganz einzig da; es bildet diese Eigentümlichkeit von ihr einen schroffen Unterschied von den Gesellschaften des Handelsrechts und der Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts.

Daß die stille Gesellschaft immer nur aus zwei Mitgliedern bestehen kann, ist selbstverständlich nicht dahin aufzufassen, daß überhaupt die Beteiligung mehrerer Personen mit Einlagen an dem Handelsgewerbe eines andern unmöglich wäre. Dies steht ihnen vollständig frei. Dann besteht aber nicht *eine* stille Gesellschaft aus *mehreren* Mitgliedern, sondern der Geschäftsinhaber hat mit *mehreren* Personen *je einen* stillen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen Wollen sich *mehrere* Personen an *einer* stillen Gesellschaft beteiligen, so müssen sie sich organisieren und dem Geschäftsinhaber als Einheit gegenübertreten, sei es daß sie dies als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts oder als offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft tun. In einem solchen Fall werden es

---

[1]) Vgl. Staub. H. G. B. S. 998, Anm. 24 zu § 335.
[2]) Bolze Bd. 5 No. 127/128/1144.
[3]) § 335 Abs. 1 H. G. B.
[4]) § 340 Abs. 1 H. G. B.

aber niemals mehrere Vertragschließende sein, sondern stets nur deren zwei. [1])

Was nun die Beschaffenheit der Parteien anlangt so ist diese bei dem stillen Gesellschafter und dem Geschäftsinhaber eine grundverschiedene.

Als stiller Gesellschafter kann jeder den Vertrag abschließen, der sich überhaupt durch Verträge verpflichten kann, also jede physische und juristische Person und auch die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts, da diese nach außen als Einheit auftreten.

Lehmann [2]) bestreitet zwar, daß eine Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs stiller Gesellschafter werden kann, da diese nicht eine so streng geschlossene Einheit darstelle wie die Gesellschaften des Handelsrechts. Dies ist allerdings richtig. Aber dennoch ist die subjektive Einheit bei der Gesellschaft des Bürger-Gesetzbuchs vorhanden, wenn auch nicht so scharf ausgeprägt. Sie hat ein besonderes Gesellschaftsvermögen, getrennt von dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter, und kann Schulden kontrahieren. Es ist daher nicht ersichtlich, warum nicht auch eine Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs stiller Gesellschafter werden soll.

Von den physischen Personen machen auch Ehefrauen keine Ausnahme, da sie unbeschränkt geschäftsfähig sind. Es bedarf auch nicht der Zustimmung des Mannes, [3]) außer wenn die Ehefrau dadurch über eingebrachtes Gut verfügt. [4])

Durch Verträge kann auch ein Geschäftsunfähiger vermittelst seines gesetzlichen Vertreters verpflichtet werden. Es bedarf aber nach § 1822 Nr. 3 B. G. B. für den Vormund und nach § 1643 B. G. B. für den Vater der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wenn ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen werden soll, der zum Betriebe eines Erwerbsgeschäftes eingegangen wird. M. E. ist

---

[1]) Renaud „stille Ges. S. 75 „Kommges. S. 101.
[2]) Lehmann-Ring H. G. B. S. 664 No. 3 zu § 335.
[3]) B. G. B. § 1399 Abs. 1.
[4]) B. G. B. § 1395.

diese Bestimmung bei der stillen Gesellschaft zur Anwendung zu bringen.[1])

Planck[2]) ist anderer Ansicht. Er hat allerdings Recht, daß die Beteiligung als stiller Gesellschafter den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts nicht ausmache. Die Bestimmung § 1823 Nr. 3 lautet aber ausdrücklich „zu einem Gesellschaftsvertrage, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes eingegangen wird" und nicht nur „zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes." Offenbar ist der Vertrag, durch den die stille Gesellschaft errichtet wird, ein Gesellschaftsvertrag, der zum Betriebe eines Erwerbsgeschäftes, des Handelsgewerbes des Geschäftsinhabers, eingegangen wird. Ob der eine Gesellschafter sich nur als stiller mit einer Einlage beteiligt, kann hieran nichts ändern. Plancks Ansicht und diejenige Staubs,[3]) der sich ihm anschließt, ist daher unrichtig.

Für die juristischen Personen schließen die Vertretungsorgane den Vertrag, von Aktiengesellschaften also der Vorstand[4]) die Mitwirkung der Generalversammlung ist nicht notwendig. Den Vertrag, sich als stiller Gesellschafter zu beteiligen, abzuschließen, gehört nicht zu den der Generalversammlung vorbehaltenen Rechten.[5])

Für eine offene Handelsgesellschaft schließen die Gesellschafter den Vertrag oder der geschäftsführende Gesellschafter kraft der ihm verliehenen Vertretungsmacht[6]) und zwar ohne Mitwirkung der übrigen Gesellschafter. Bei einer Kommanditgesellschaft geschieht es durch den Geschäftsinhaber.[7])

Bei einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts hingegen erscheint es fraglich, ob der geschäftsführende Gesellschafter allein, ohne die Zustimmung der übrigen Gesellschafter einzuholen, im Stande ist,

---

[1]) Lehmann-Ring S. 687 No. 12.

[2]) Planck S 152. Anm. 2. § 1405, S. 571 Anm. 3 b zu § 1422.

[3]) Staub S. 999. Anm. 25 H. G. B.

[4]) H. G. B. § 231.

[5]) Es ist also Lehmann (Lehmann-Ring H. G. B. S. 667 No. 12) beizutreten und Behrend (Hdlsrcht. § 91 Anm. 8) und Renaud (stille Ges. S. 95) entgegenzutreten.

[6]) §§ 125/126 H. G. B.

[7]) Vgl. H. G. B. §§ 161, 170.

den Vertrag abzuschließen oder ob dazu die Mitwirkung aller Gesellschafter notwendig ist.

Die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs stellt nicht eine so stark ausgeprägte subjektive Einheit dar wie die offene Handelsgesellschaft. Dies zeigt sich unter anderem auch in der Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters. Bei der offenen Handelsgesellschaft sind die Befugnisse sehr weitgehend; der geschäftsführende Gesellschafter erscheint gleichsam als Verkörperung der offenen Handelsgesellschaft, er ist nicht Beauftragter der übrigen Gesellschafter im Sinne des bürgerlichen Rechts. Damit ist die Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters einer Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht zu vergleichen. Er ist lediglich Beauftragter der übrigen Gesellschafter.[1]) Er wird also nur Geschäfte abschließen können, die im engeren Rahmen des Betriebes einer Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs liegen. Dies wird in den weitaus meisten Fällen nicht der Fall sein, wenn es sich um den Abschluß eines stillen Geschäftsvertrages handelt und der geschäftsführende Gesellschafter wird ihn also ohne Mitwirkung der übrigen Gesellschafter nicht abschließen können.

Selbstverständlich ist, daß die Partei, welche sich als stiller Gesellschafter beteiligt, auch den Vertrag dnrch einen hierzu Bevollmächtigten abschließen kann. Ist sie ihrerseits auch Kaufmann, ist nicht Spezialvollmacht notwendig. Der Prokurist kann den Vertrag abschließen.[2])

Die Partei, die als Geschäftsinhaber die stille Gesellschaft errrichtet, muß notwendigerweise die Eigenschaft eines Kaufmanns besitzen, da die stille Gesellschaft zum Zwecke des Betriebes eines Handelsgewerbes eingegangen wird. Die Kaufmannseigenschaft braucht jedoch nicht an einer physischen Person zu haften, sondern auch an einer juristischen und an einer Gesellschaft. Nur muß die juristische Person oder die Gesellschaft dem Handelsrechte angehören und die Kaufmannseigenschaft besitzen.

Ist jedoch eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft Geschäftsinhaber, so ist hierzu die Zustimmung aller

[1]) B. G. B. § 713.
[2]) Vgl. § 49 H. G. B.

Gesellschafter und der Kommanditisten erforderlich,[1]) trotzdem der geschäftsführende Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft und der persönlich haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft eine unbeschränkte Vertretungsmacht besitzen. Die dem stillen Gesellschafter auf Grund des § 338 H. G. B. einzuräumenden Kontrollrechte greifen in die höchst persönlichen gesellschaftlichen Rechte der übrigen Gesellschafter ein. Eine Verfügung hierüber dem geschäftsführenden Gesellschafter zuzubilligen, würde dem Charakter des Gesellschaftsvertrages, der auf gegenseitigem persönlichen Vertrauen beruht, widersprechen.

Auch eine Ehefrau kann Geschäftsinhaber der stillen Gesellschaft sein, wenn sie nur Kaufmann ist. Hierzu bedarf sie ebensowenig der Einwilligung des Ehemannes, wie wenn sie stiller Gesellschafter würde.

Wo die Kaufmannseigenschaft des Geschäftsinhabers sich herleitet, ist gleichgültig. Der Geschäftsinhaber kann ein Kaufmann sein, weil er eines der in § 1 H. G. B. genannten Gewerbe treibt oder weil er sich auf Grund des § 2 H. G. B. in das Handelsregister eintragen lassen mußte oder weil er ein land- oder forstwirtschaftliches Nebengewerbe in kaufmännischer Weise betreibt und sich in das Handelsregister hat eintragen lassen.

Darüber ob der Geschäftsinhaber Vollkaufmann sein muß oder auch ein Minderkaufmann sein kann, gibt der Gesetzgeber keine Vorschrift. Verboten ist nur auf Grund der Bestimmung des § 4 H. G. B., daß Minderkaufleute eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft begründen. Eine stille Gesellschaft zu errichten, ist ihnen nicht verboten. Man kann also m. E. durch argumentum e contrario schließen; daß Minderkaufleute eine stille Gesellschaft errichten können.[2])

Der Zeitpunkt, in dem die stille Gesellschaft entsteht, ist der Abschluß des Vertrages. Es ist nicht notwendig, daß bei der stillen Gesellschaft, wenn sie durch den Vertragsabschluß entstehen

---

[1]) Behrend „Hdlrcht." S. 658 § 91 Anm. 8.

[2]) Cosack „H. G. B. 4. Aufl." S 586. I. 3. Staub S. 885, Anm. 8. H. G. B.

soll, das Handelsgewerbe bereits vorhanden sein muß, und im anderen Falle erst dann entstehen soll, wenn das Handelsgewerbe in Betrieb gesetzt wird, wie dies Staub[1]) fälschlich annimmt. Sie entsteht wie jede andere Gesellschaft und auch die offene Handelsgesellschaft durch Vertragsabschluß; der Zeitpunkt, wann man zur Erreichung des Zweckes zu handeln anfängt, bei der stillen Gesellschaft also, wann das Handelsgewerbe eröffnet wird, ist hierbei höchst gleichgültig.[2])

B. Die Rechtsverhältnisse während des Bestehens.

a) Nach innen.

§ 5.

Die Einlage des stillen Gesellschafters und der Beitrag des Geschäftsinhabers.

Es liegt im Wesen jedes Gesellschaftsvertrages, daß die Gesellschafter den Zweck der Gesellschaft zu fördern verpflichtet sind.

Für den stillen Gesellschafter hat dies das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 im § 335 Abs. 1 ausgesprochen, indem es ihm eine Vermögens-Einlage zu leisten gebietet. Für den Geschäftsinhaber besteht keine vom Handelsgesetzbuch gegebene Vorschrift. Es kommt also das bürgerliche Recht zur Anwendung. Hiernach wäre auf Grund des § 705 B. G. B. der Geschäftsinhaber insbesondere gezwungen, den vereinten Beitrag zu leisten.

Bei dieser verschiedenen Terminologie der beiden Gesetzbücher, indem das Handelsgesetzbuch von der Leistung einer Vermögens-Einlage spricht und das Bürgerliche Gesetzbuch von Beiträgen, entsteht die Frage, ob die beiden Gesetzbücher darunter dasselbe verstehen, oder ob es verschiedene Begriffe sind, so daß der eine dem andern untergeordnet ist.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gebraucht außer dem Ausdruck „Beitrag" auch den Ausdruck „Einlage" und zwar im § 733 Abs. 2:

---

[1]) Staub S. 348, Anm. 9 zu § 105 H. G. B.
[2]) Makower H. G. B. 12 Auflage, S. 849.

Es spricht de citato von den Einlagen, die nach Berichtigung der Schulden aus dem Gesellschaftsvermögen zurückerstattet werden, ferner von Einlagen, die in Diensten oder in der Überlassung eines Gegenstandes zur Benutzung bestanden haben und die dann nicht zurückerstattet werden. Den Ausdruck Beitrag gebraucht es sonst überall; es spricht von der Leistung der Beiträge § 705, § 706 Abs. 3 davon, daß Beiträge auch in der Leistung von Diensten bestehen können.

Auf den ersten Blick erscheint es, als ob das Bürgerliche Gesetzbuch die Ausdrücke Einlage und Beiträge synonym gebraucht. Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht sowohl von Beiträgen, die das Gesellschaftsvermögen bilden und von Einlagen, die daraus zurückerstattet werden als auch von Einlagen, die in der Leistung von Diensten oder Gebrauchsüberlassung bestanden haben und von Beiträgen, die in Diensten bestehen können. Doch wird man m. E. nicht fehl gehen, wenn man die Ausdrucksweise „Einlage, die in Diensten bestanden hat" nur für eine Unklarheit in der Terminologie [1]) des Bürgerlichen Gesetzbuchs ansieht und sonst annimmt, daß auch das Bürgerliche Gesetzbuch einen Unterschied zwischen Einlagen und Beiträgen macht, denn das Bürgerliche Gesetzbuch gebraucht die Bezeichnung „Einlage" an allen andern Stellen nur dann, wenn es darunter die Einbringung eines bestimmten Vermögenswertes versteht, während unter Beitrag alles verstanden wird. Der Beitrag eines Gesellschafters kann in jeder Förderung des Gesellschaftszweckes bestehen. Es kann eine Geldeinlage gemacht werden, der Gesellschafter kann seine Dienste einbringen, Gegenstände zum Gebrauch überlassen. Ja sogar eine bloß moralische Förderung kann als genügender Beitrag angesehen werden.[2])

Grundsätzlich gibt dies natürlich auch alles für die Beitragspflicht des Geschäftsinhabers der stillen Gesellschaft, da ja bürgerliches Recht zur Anwendung kommt. Doch wird die Art und der Umfang des Beitrages des Geschäftsinhabers der stillen Gesellschaft entsprechend ihrem Zwecke gegenüber den Beiträgen eines Gesell-

[1]) Staub. H. G. B. S. 383, Anm. 3.
[2]) Cosack B. G. B. S. 399.

schafters des Bürgerlichen Rechts etwas eingeschränkt werden müssen. Von einer bloßen moralischen Förderung der stillen Gesellschaft durch den Geschäftsinhaber kann natürlich gar keine Rede sein. Dies wäre auch ganz undenkbar. Der Beitrag wird vielmehr darin bestehen müssen, daß er vor allem das Handelsgewerbe betreibt.

Einen Vermögenswert braucht der Beitrag des Geschäftsinhabers natürlich nicht darzustellen; er kann in bloßen Diensten bestehen.

Was nun die Vermögenseinlage des stillen Gesellschafters anlangt, so fragt sich nun, wie die Beschaffenheit eines Vermögensobjektes sein muß, um als Einlage in eine stille Gesellschaft verwandt zu werden. Es braucht durchaus nicht immer eine Geldeinlage zu sein, sondern es können auch andere Vermögensobjekte, die einen Verkehrswert haben, als Einlage dienen z. B. ein Patentrecht oder Fabrikationsgeheimnis. Jedoch sind Dienste, die der stille Gesellschafter als Einlage darbringen will, als hierzu ungeeignet zurückzuweisen.

Für die Zulassung von Diensten als Vermögenseinlage haben sich zwar namhafte Juristen, wie von Hahn,[1]) Behrend[2]) und Renaud[3]) erklärt. Behrend führt an, daß man es den Parteien überlassen müsse, was sie als geeignete Vermögenseinlage gelten lassen wollten. Gegen die Zulassung von Diensten als Vermögenseinlage haben sich vor allem Lastig[4]) und Staub[5]) ausgesprochen. Dienste haben zweifellos, wie Renaud[6]) mit Recht hervorhebt, einen Vermögenswert, unter Umständen einen sehr hohen. Aber sie sind trotzdem ungeeignet als Vermögenseinlage. Gegen ihre Zulassung hierzu hat Lastig[7]) als Grund angeführt, daß dann weder von einer Verminderung der Vermögenseinlage durch Verlustanteil, noch von Einzahlung der rückständigen Einlage in die Kon-

---

[1]) von Hahn „A. D. H. G. B." Anm. zu Art. 150 § 1 und 2 und zu Art. 250 § 8.

[2]) Behrend „Hdlsrcht." S. 660.

[3]) Renaud „Recht der stillen Gesellschaft" S. 80.

[4]) Lastig, Endemanns Hdbch., S. 705.

[5]) Staub, S. 997, Anm. 14 zu § 335 H. G. B.

[6]) Renaud „stille Ges." S. 80.

[7]) Lastig „eodem".

kursmasse bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung seines Anteils am Verlust erforderlich ist, noch von Rückzahlung der Einlage in Geld, noch endlich von Geldentmachung des Einlagerestes im Konkurse des Geschäftsinhabers durch den stillen Gesellschafter als Gläubiger die Rede sein. Alles weist deutlich darauf hin, daß der Gegenstand der Einlage nicht bloß für den Geschäftsinhaber einen Vermögenswert haben muß, sondern bereits in der Hand des stillen Gesellschafters den Charakter des Kapitals tragen muß.

Zwar macht Renaud[1]) dagegen geltend, daß die Einwendungen, die Lastig macht, auch gegen die Möglichkeit sprächen, Forderungen und Nutzungsrechte an körperlichen Sachen als Einlage zu verwenden und dagegen hätte sich auch Lastig nicht erklärt. Das ist allerdings zuzugeben.

Aber trotzdem ist Lastigs Ansicht die richtige. Denn, wie Staub[2]) mit durchschlagenderen Gründen als Lastig trefflich ausführt, können nur solche Vermögensobjekte Gegenstand der Einlage sein, die eine ziffernmäßige Grundlage der Beteiligung eines stillen Gesellschafters bilden und auf dem Kapitalkonto gebucht werden können. Denselben Gedanken drückt Lehmann[3]) folgendermaßen aus, indem er von der Einlage verlangt, sie müsse einen festgesetzten Geldbetrag repräsentieren. Auf dem Kapitalkonto kann aber außer selbstverständlich Geld und Sachen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur gebucht werden, was im Sinne der Buchführung eine Sache ist und Gegenstand eines entgeltlichen Erwerbs sein kann, z. B. Forderungen, Patente, Nutzungsrechte. Dienste können dies nicht sein und können daher auch nicht auf dem Kapitalkonto gebucht werden, sondern auf dem Gewinn- und Verlustkonto.

Trotzdem ist Lehmann[4]) der Ansicht, daß Dienste eine geeignete Vermögenseinlage darstellen. Er hält eine kapitalmäßige Fixierung derselben möglich. Für die in jedem Jahre geleisteten Dienste hätte der stille Gesellschafter einen Anspruch auf Entgeld

---

[1]) Renaud „stille Ges." S. 80.
[2]) Staub S. 383 Ann. 3 Exkurs zu § 122 H. G. B.
[3]) Lehmann-Ring S. 665 Note 7 § 335 H. G. B.
[4]) Lehmann-Ring S. 665 Ann. unten.

und es liege der Fall dann so, daß die Einlage ratenweise geleistet und abgearbeitet würde.

In diesem Falle würde dann vertragsmäßig eine Einlage von Diensten wie eine Vermögenseinlage behandelt werden, so daß sich also nach dem hier im Kapitalkonto gebuchten Wert der Gewinnanteil und schließliche Vermögensanteil des stillen Gesellschafters bestimmt. Dann würde aber keine stille Gesellschaft des Handelsrechts mehr vorliegen, bei der der stille Gesellschafter auf Grund des § 342 H. G. B., falls ihm auf Grund einer Vereinbauung vom Geschäftsinhaber seine Einlage verlassen ist und der Geschäftsinhaber innerhalb eines Jahres in Konkurs fällt, in Folge der Anfechtung des Konkursverwalters seine Einlage zurückzugewähren verpflichtet ist.

Daß man Dienste nicht als geeignete Vermögenseinlage von Seiten des stillen Gesellschafters annehmen will, entspricht auch der historischen Entwickelung der stillen Gesellschaft.

Bei dem Kommendavertrage sowohl, wie bei dem islamitischen Kiradvertrag ist es gerade der Fall, daß der Kommendator das Kapital zum Betriebe des Handelsgewerbes giebt und desgleichen bei der participatio und sendeve. Werden hierbei von einer Seite nur Dienste eingebracht, so geschieht dies von Seiten des Traktators.

Die Leistung der Beitragspflicht des Geschäftsinhabers und der Einlage des stillen Gesellschafters hat in der vertragsmäßig festgestgesetzten Weise zu erfolgen. Hierauf hat jeder von ihnen einen klagbaren Anspruch.

Ist im Vertrage jedoch nichts bestimmt, so hat, was die Einlage des stillen Gesellschafters anlangt, dieser sie auf einmal zu leisten und zwar, wenn den Umständen nach nichts anderes anzunehmen ist, nach § 271 B. G. B. sofort nach Abschluß des Vertrages, als dem Zeitpunkte des Beginnens der stillen Gesellschaft.

Ergibt sich jedoch aus den Umständen ein anderer Zeitpunkt, — z. B. das Handelsgewerbe, das den Gegenstand der stillen Gesellschaft bildet, soll erst in einer bestimmten Zeit eröffnet werden — so wird die Einlage erst dann zu leisten sein.

Der Ort, an dem die Einlage geleistet werden muß, ist nach § 1269 Abs. 2 B. G. B. der Ort der Handelsniederlassung des Geschäftsinhabers.

Kommt der stille Gesellschafter mit seiner Einlage in Verzug, so hat er 4 % Verzugszinsen zu zahlen,[1]) ist er jedoch Kaufmann, hat er 5 % zu zahlen,[2]) da dann auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft vorliegt.[3])

Die Höhe der Einlage des stillen Gesellschafters unterliegt der beiderseitigen Verabredung. Zu einer Erhöhung ist er nicht berechtigt und laut § 707 B. G. B. auch nicht verpflichtet. Die Anwendung dieser letzten Bestimmung kann auf den Geschäftsinhaber nicht in Frage kommen, da, wie schon erwähnt, der Beitrag des Geschäftsinhabers nicht bestimmt abzugrenzen ist.

§ 6.

2. Betriebskapital.

Die Einlage des stillen Gesellschafters ist von ihm so zu leisten, daß sie in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergeht.[4]) Hieraus folgt, daß von einem Gesellschaftsvermögen im Sinne der Gesellschaften des Handelsrechts und des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht im mindesten die Rede sein kann. Im Gegenteil, gerade die Vermögenslosigkeit ist ein Essentiale der stillen Gesellschaft. Man kann höchstens ökonomisch von dem Betriebskapital der stillen Gesellschaft sprechen, das aus dem Vermögen des Geschäftsinhabers besteht; und dieses Vermögen ist um die Einlage des stillen Gesellschafters vermehrt worden.

Vermögen ist, wenn man die Dernburg'sche[5]) Definition zu Grunde legt, der Inbegriff der geldwerten Rechte einer Person. Der stille Gesellschafter muß also die Einlage so leisten, daß sie zu einem geldwerten Rechte des Geschäftsinhabers wird. Soweit es sich daher um körperliche Gegenstände, also Sachen handelt, muß dem Geschäftsinhaber das Eigentum verschafft werden. Es folgt daraus, wie die Denkschrift[6]) mit Recht hervorhebt, daß es zum Eigentums-

---

[1]) B. G. B § 288.
[2]) H. G. B. § 352.
[3]) H. G. B. § 344.
[4]) H. G. B. § 335 Abs. 1.
[5]) Pandekten 3. Aufl. Berlin 1892 § 67 S. 157.
[6]) S. 184.

übergang auch hier der nach allgemeinen Grundsätzen erforderlichen Übertragungshandlungen bedarf. Grundstücke müssen also dem Geschäftsinhaber aufgelassen, bewegliche Sachen und Inhaberpapiere, die im geschäftlichen Verkehr wie Sachen behandelt werden, müssen dem Geschäftsinhaber übergeben werden. Der Eigentumsübergang kann auch hierbei durch „brevi manu traditio,[1]) constitutum prossessorum,[2]) Abtretung des Herausgabeanspruchs[3]) geschehen.

Ferner ist der Denkschrift[4]) darin beizupflichten, daß die Bestimmung, wonach die Einlage in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergehen muß; auch für Gegenstände, die der stille Gesellschafter dem Geschäftsinhaber nur zum Gebrauch überläßt, zutrifft. Aber nicht nur hierfür, sondern auch für Forderungen, Patent- und andere Autorrechte, trifft sie zu.

Die im Art. 252 Abs. 1 A. D. H. G. B. gegebene Fassung würde nach heutigem Rechte zu eng sein. Dort war bestimmt, daß der Geschäftsinhaber Eigentümer der Einlage wurde. Soweit es sich um körperliche Gegenstände also Sachen handelte, würde bei der alten Fassung dieselbe wirtschaftliche Wirkung erzielt werden. Denn dadurch, daß der Geschäftsinhaber Eigentümer wurde, gingen diese ja in sein Vermögen über.

Nach heutigem bürgerlichen Rechte sind jedoch Sachen nur körperliche Gegenstände[5]) und nur an diesen kann Eigentum erworben werden. Es würde also, wenn Nießbrauchs-, Nutzungs-, Patent- und andere Autorrechte den Gegenstand der Einlage bilden, bei der alten Fassung die Wirkung haben, daß sie nicht in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergehen würden, da ein Eigentum an ihnen nicht möglich ist.

Es wird jedoch auch bei der Einbringung derartiger Vermögensobjekt der nach allgemeinen Grundsätzen erforderlichen Übertragungshandlungen bedürfen. Forderungen werden also dem Geschäftsinhaber abgetreten, Ordrepapiere indossiert werden müssen.[6])

[1]) § 929 B. G. B.
[2]) § 930 B. G. B.
[3]) § 931 B. G. B.
[4]) Denkschrift S. 184.
[5]) B. G. B. § 90
[6]) Staub S. 999 Anm. 27 zu § 335 H. G. B.

Gebrauchs- und andere Rechte müssen ihm so zugänglich gemacht werden, daß er wirtschaftlich über sie verfügen kann; Patente, Geschmacks- und Gebrauchsmuster müssen für ihn eingetragen werden.

Ob der stille Gesellschafter ein dingliches Miteigentum nach der Leistung der Einlage an dieser behält, wie die Gesellschafter des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts an dem Gesellschaftsvermögen besitzen, kann gar nicht in Frage kommen. Dies würde dem Wesen der stillen Gesellschaft widersprechen. Denn ein Gesellschaftsvermögen existiert ja gar nicht und das Betriebskapital des dem Geschäftsinhaber gehörigen Handelsgewerbes ist für den stillen Gesellschafter etwas vollständig fremdes. Doch ist damit noch nicht jedes vermögensrechtliche Band zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Geschäftsinhaber in Bezug auf ihr Gesellschaftsverhältnis zerschnitten. Aber das Vermögensinteresse des stillen Gesellschafters an dem Betriebskapital besteht nur in einem obligatorischen Anspruch auf den Geldbetrag seiner Einlage; ein Anspruch, der jedoch noch veränderlich und nicht fest bestimmbar ist, dessen Höhe von dem Geschäftsergebnisse des Handelsgewerbes abhängig ist.

Der stille Gesellschafter kann sich natürlich seinen Anspruch durch Pfand oder Hypothek von dem Geschäftsinhaber versichern lassen. Daß seine Höhe Schwankungen unterworfen ist, bildet kein Hindernis hierfür. Der stille Gesellschafter läßt sich dann einfach eine Maximalhypothek bis zu dem Betrage eintragen, den der Anspruch zur Zeit der Leistung der Einlage, wo noch kein Verlust möglich war, gehabt hat.

Diesen Geldanspruch des stillen Gesellschafters hat der Geschäftsinhaber bei Aufstellung einer Bilanz in seiner zur Zeit der Aufstellung betragenden Höhe unter den Passivis aufzuführen als eine einem andern gegen ihn, den Geschäftsinhaber, zustehende Forderung. Dagegen muß der Geschäftsinhaber die gemachte Einlage des stillen Gesellschafters als ein ihm, dem Geschäftsinhaber, gehöriges Vermögensobjekt unter den Aktivis buchen.

Aus der Leistung der Einlage in der Art, daß sie in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergeht, folgt ferner, daß sie dem unmittelbaren Zugriff der Gläubiger des Geschäftsinhabers preis gegeben ist.

Ist dieser nun ein Einzelkaufmann, so bildet das in dem Handelsgewerbe investierte Kapital kein von seinem Privatvermögen getrenntes Sondervermögen im juristischen Sinne; es ist nur eins seiner verschiedenen Vermögensobjekte und es steht wie jedes andere dem Zugriff der Gläubiger, ob Privat- oder Geschäftsgläubigers frei; ebenso wie umgekehrt ein Geschäftsgläubiger sich auch an das Privatvermögen halten kann und nicht auf das Geschäftsvermögen beschränkt ist. Mithin kann also der Fall eintreten, daß die von dem stillen Gesellschafter geleistete Einlage den Privatgläubigern des Geschäftsinhabers zur Befriedigung ihrer Ansprüche dienen muß. Einem solchen Zugriff kann auch der stille Gesellschafter als solcher nicht widersprechen, außer wenn er einen besonderen Rechtsgrund hierzu hat, z. B. er ist Pfandgläubiger. Unter solchen Umständen wird natürlich auch die Verwirklichung des Rückerstattungsanspruchs für den stillen Gesellschafter eine sehr unsichere sein.

Die Lage des stillen Gesellschafters ist daher in dem Fall, wo ein Einzelkaufmann der Geschäftsinhaber ist, praktisch keine sehr günstige; umsomehr, da der Geschäftsinhaber nicht verpflichtet ist den stillen Gesellschafter über seine Privatverhältnisse aufzuklären: Das dem stillen Gesellschafter zustehende Kontrollrecht bezieht sich nur auf das Handelsgewerbe.

Wesentlich andere praktische Verhältnisse ergeben sich jedoch für den stillen Gesellschafter, wenn dieser mit einer Handelsgesellschaft, sei es mit einer offenen oder Kommanditgesellschaft, die stille Gesellschaft eingegangen ist.

In diesem Fall ist das in dem Handelsgewerbe investierte Kapital Gesellschaftsvermögen. Dies bildet ein von dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter getrenntes Sondervermögen, das dem Zugriff der Privatgläubiger entzogen ist. Nur in dieses Gesellschaftsvermögen geht die Einlage des stillen Gesellschafters über, mithin ist sie dem Zugriff der Privatgläubiger entrückt. Die Privatgläubiger eines Gesellschafters der Gesellschaft, die den Geschäftsinhaber darstellt, können höchstens diese Gesellschaft kündigen. Dies bedeutet für die Einlage des stillen Gesellschafters keine Gefahr. Durch die Kündigung wird die Gesellschaft, die den Geschäftsinhaber darstellt, aufgelöst. Die Auflösung dieser Gesellschaft ist m. E. dem

Tode einer physischen Person, die Geschäftsinhaber ist, gleich zu erachten. Mithin wird also auch die stille Gesellschaft aufgelöst.[1]) Eine Folge hiervon ist, daß, ehe sich die einzelnen Mitglieder der Gesellschaft, die den Geschäftsinhaber darstellt, unter sich und mit ihren Privatgläubigern auseinandersetzen, erst ihr Verhältnis zu dem stillen Gesellschafter glatt gestellt sein muß.

§ 7.

3. Gewinn und Verlust.

Charakteristisch für den Gesellschaftsvertrag ist die Anteilnahme eines jeden Gesellschafters an dem Vorteil sowohl, denn die gemeinsame Wirksamkeit und die Erreichung des Zweckes mit sich bringt als auch am Nachteil.

Der Zweck der stillen Gesellschaft, als einer Erwerbsgesellschaft ist die Erzielung von Handelsgewinn. An diesem Handelsgewinn müssen also hiernach sowohl der Geschäftsinhaber als auch der stille Gesellschafter teilnehmen. Befände sich im Vertrage eine Bestimmung, wonach einer der beiden gänzlich vom Gewinn ausgeschlossen wäre, läge eine sogenannte societas leonina vor. Ein solcher Vertrag wäre an sich nicht ungültig. Jedenfalls ist er aber als Gesellschaftsvertrag nichtig, während er als Schenkung gültig sein kann (l 29 § 2 D. 17. 2).

Für die Person des stillen Gesellschafters hat der Gesetzgeber ausdrücklich hervorgehoben, daß die Teilnahme am Gewinn von Seiten des stillen Gesellschafters nicht ausgeschlossen werden kann.[2])

Für die Person des Geschäftsinhabers ist eine derartige positive Vorschrift nicht vorhanden, weder im Handelsgesetzbuch noch im Bürgerlichen Gesetzbuch, dessen Vorschriften subsidiär zur Anwendung kommen würden. Doch ist aus der Vorschrift des § 722 B. G. B., wonach mangels Verabredung im Vertrage die Anteile der Gesellschafter am Gewinn die gleichen sein sollen, zu entnehmen, daß ein Gesellschafter des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht von der Teilnahme

[1]) Vgl. B. G. B. § 727 Abs. 1.
[2]) H. G. B. § 336 Abs. 2 S. 2.

am Gewinn ausgeschlossen sein darf. Dies würde also auch für den Geschäftsinhaber der stillen Gesellschaft gelten.

Dagegen widerspricht es nicht dem Gesellschaftscharakter, daß der stille Gesellschafter sich Befreiung von der Tragung des Verlustes im Vertrage ausbedingt. Er ist darum noch nicht von dem Schicksal der stillen Gesellschaft losgelöst. Der Nachteil, der sich auch ihm gegenüber fühlbar macht, besteht eben darin, daß das in dem Handelsgewerbe investierte Kapital keinen Ertrag bringt für den Fall, daß mit Verlust gearbeitet wird.

Es ist daher auch m E. mit Unrecht die Zulässigkeit einer derartigen Vertragsbestimmung unter der Geltung des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs in Zweifel gestellt worden und mit Recht hat das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 [1]) bestimmt, daß im Gesellschaftsvertrage ausgemacht werden kann, daß der stille Gesellschafter nicht am Verlust beteiligt sein soll. Fraglich erscheint hingegen, ob eine solche Bestimmung im Gesellschaftsvertrage betreffs der Person des Geschäftsinhabers zulässig ist. Es wäre immerhin denkbar, daß die praktischen Verhältnisse oft derartig liegen, daß ein Kapitalist nur unter der Bedingung einen andern findet, der bereit ist, mit ihm eine stille Gesellschaft einzugehen und hierbei die Stellung des noch außen hervortretenden Geschäftsinhabers zu übernehmen, daß er, der Kapitalist, allein als stiller Gesellschafter das Risiko des Unternehmens übernimmt und der Geschäftsinhaber nicht am Verlust teilnimmt. Dem Gesellschaftscharakter der stillen Gesellschaft würde dies nicht widersprechen. Aber die Durchführung einer diesbezüglichen Vertragsbestimmung würde daran scheitern, daß der stille Gesellschafter den Verlust nur bis zur Höhe seiner Einlage zu tragen verpflichtet ist.[2]) Hat der stille Gesellschafter also die Verpflichtung übernommen, den ganzen Verlust zu tragen, also auch über den Betrag seiner Einlage hinaus, dann liegt keine stille Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs mehr vor.

Die Höhe der Beteiligung am Geschäftsergebnisse unterliegt der Verabredung der Parteien. Die Beteiligung des stillen Gesellschafters

---

[1]) H. G. B. § 336 Abs. 2 S. 1.
[2]) H. G. B. § 337. Abs. 2.

am Verluste kann jedoch, wie eben erwähnt, nicht den Betrag seiner Einlage überschreiten. Enthält der Gesellschaftsvertrag nichts über die Beteiligung, dann schreibt das Gesetz [1]) vor, daß für den stillen Gesellschafter ein den Umständen nach angemessener Anteil am Gewinn und Verlust als bedungen gilt. Diese Vorschrift ist auch auf den Geschäftsinhaber anzuwenden. Denn nur er und der stille Gesellschafter nehmen am Betriebsergebnisse Teil und, wenn der eine von ihnen einen angemessenen Anteil hiervon erhält, muß es der andere auch.

Bei der Festsetzung des angemessenen Anteils ist in erster Linie die Höhe der Einlage des stillen Gesellschafters in Betracht zu ziehen, dann, ob der Geschäftsinhaber gleichfalls eine Einlage gemacht oder nur seine Dienste als Beitrag eingebracht hat und, falls dies erstere von Seiten des Geschäftsinhabers geschehen, das Verhältnis der Einlagen zu einander. Ferner ist die Tätigkeit des Geschäftsinhabers in Ansatz zu bringen und der Umstand, daß er der unbeschränkt haftende ist.

Enthält der Vertrag nur Bestimmungen über den Anteil am Gewinn oder nur am Verlust, dann greifen, da Bestimmungen hierüber im Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 nicht vorhanden sind, die Regeln des bürgerlichen Rechts Platz. Nach diesen [2]) sind dann die Abmachungen über die Teilnahme am Gewinn entsprechend auf die Teilnahme am Verlust anzuwenden und umgekehrt.

Unter den verschiedenen Möglichkeiten der Teilnahme der beiden Gesellschafter am Betriebsergebnisse verdient noch besonderer Erwähnung, daß der stille Gesellschafter am Gewinn sich nicht mit einer bestimmten Quote beteiligt, sondern daß er sich neben dieser oder statt dieser einen festen Zins ausbedingt. Fester Zins ist an sich zwar keine Gewinnbeteiligung.[3]) Es könnte höchstens zulässig sein, daß dem stillen Gesellschafter von gemachten Gewinn ein gewisser Prozentsatz reserviert wird. Hat er sich also 4 % seiner Einlage ausbedungen, so ist das so auszulegen, daß er, falls Gewinn erzielt wird, davon mindestens soviel erhalten muß als die 4 % seiner Einlage

---

[1]) H. G. B. § 336 Abs. 1.
[2]) B. G. B. § 722 Abs. 2.
[3]) Vgl. H. G. B. § 215 Abs. 1.

ausmachen würden. Wird aber kein Gewinn erzielt, so kann er auch keine Zinsen erhalten.

Das Betriebsergebnis ist nach den in den §§ 39—41 H. G. B. gegebenen Regeln vom Geschäftsinhaber festzustellen. Der Zeitpunkt hierfür ist der Schluß eines jeden Geschäftsjahres.[1])

Von dem Vorhandensein von Gewinn wird man m. E. dann sprechen können, wenn sich bei der Feststellung heraus stellt, daß sich ein Überschuß des Betrages des vom Geschäftsinhaber Erworbenen über den Betrag der zur selben Zeit gehabten Verluste und Unkosten ergibt.[2])

Der festgestellte Gewinn wird in der im Vertrage festgesetzten oder nach § 336 Abs. 1 H. G. B. in angemessener Weise unter den Geschäftsinhaber und den stillen Gesellschafter verteilt. Eine Vorzugsdividende von 4 %, wie sie das Gesetz (§§ 120. 167. H. G. B.) bei der offenen Handelsgesellschaft und bei der Kommanditgesellschaft vorschreibt, hat keiner der beiden zu beanspruchen.

Der Anteil des stillen Gesellschafters, auf den dieser einen klagbaren Anspruch hat, ist fällig, sobald er ausgerechnet ist beziehungsweise ohne schuldhaftes Zögern des Geschäftsinhabers ausgerechnet werden konnte. Sind beide Teile Kaufleute, so hat der Geschäftsinhaber vom Tage der Fälligkeit an 5 % Zinsen zu zahlen;[3]) ist dies nicht der Fall, nur bei besonderer Abmachung. Verzögert jedoch der Geschäftsinhaber die Ausrechnung schuldhafter Weise, gerät er in Verzug und hat dann auf jeden Fall, vom Tage, wo der Gewinn ausgerechnet sein könnte, Verzugszinsen zu zahlen und zwar, da er Kaufmann ist, 5 %.[4])

Der Ort, an welchem der Gewinn gezahlt werden soll, ist derjenige der Handelsniederlassung des Geschäftsinhabers.[5]) Trotzdem wird aber m. E. der Geschäftsinhaber die Pflicht haben, den Gewinnanteil dem stillen Gesellschafter zu übersenden. Denn vorliegende Schuld ist eine Geldschuld und diese sind auf Grund des § 270 Abs. 1 B. G. B. Bringschulden.

---

[1]) H. G. B. § 337 Abs. 1.
[2]) Renaud „stille Ges." S. 123.
[3]) H. G. B. § 353.
[4]) H. G. B. § 352.
[5]) B. G. B. § 269 Abs. 2.

Der ausgerechnete Gewinn ist dem stillen Gesellschafter nicht blos gutzuschreiben, sondern er ist ihm auszubezahlen.[1]) Dies muß auch geschehen, wenn es der Gesellschaft zum Schaden gereicht. Es ist allerdings nicht zu leugnen, daß dann sehr mißliche praktische Konsequenzen für den Geschäftsinhaber entstehen können. Von diesem Gesichtspunkt aus erklärt sich auch die Bestimmung des § 122 H. G. B., wonach es dem Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft verboten ist, Gewinn abzuheben, sobald es der Gesellschaft zum offenbaren Schaden gereicht. Es fehlt jedoch eine derartige Bestimmung bei der stillen Gesellschaft und eine analoge Anwendung des § 122 H. G. B. vollends ist ausgeschlossen.

Einmal gezogenen Gewinn ist der stille Gesellschafter überhaupt nicht verpflichtet zurückzuzahlen. Auch nicht einmal später entstandener Verlust giebt dem Geschäftsinhaber einen Anspruch darauf, daß der stille Gesellschafter einmal gezogenen Gewinn zurückzahlt.[2])

Anders liegen jedoch die Dinge, wenn die Einlage des stillen Gesellschafters durch früheren Verlust vermindert ist und nun in späterer Zeit wieder Gewinn erzielt wird. Was dann dem stillen Gesellschafter an Gewinn zukäme, darf er nicht abheben, sondern er muß dulden, daß dies zur Deckung des Verlustes verwandt wird.[3])

Hebt der stille Gesellschafter seinen Gewinn nicht ab, so vermehrt dieser die Einlage keineswegs, außer wenn etwas anderes vereinbart worden ist.[4]) Der stille Gesellschafter ist in dessen Höhe Gläubiger der Gesellschaft. Er kann daher auch im Konkurse der stillen Gesellschaft den nicht abgehobenen Gewinn als eine Konkursforderung geltend machen.[5]).

§ 8.

4. Geschäftsführung.

Die Führung der Geschäfte der stillen Gesellschaft liegt mangels Verabredung im Vertrage notwendigerweise ihrem Wesen entsprechend in den Händen des Inhabers des Handelsgewerbes.

---

[1]) H. G. B. § 337 Abs. 1.
[2]) H. G. B. § 337 Abs. 2.
[3]) eodem.
[4]) H. G. B. § 337 Abs. 3.
[5]) Vgl. Staub. S. 1003 Anm. 5 zu § 337.

Diese Geschäfte führt er im eigenen Namen und kraft eigenen Rechts, denn alle Geschäfte der stillen Gesellschaft sind seine eigenen Geschäfte.

Es wäre also gänzlich verkehrt, die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs[1]) über die zur Leitung der Geschäfte berufenen Gesellschafter auf den Geschäftsinhaber der stillen Gesellschaft anzuwenden. Der geschäftsführende Gesellschafter führt kraft Auftrages fremde Geschäfte, die nur zum Teil seine eigenen sind. Desgleichen kann auch keine Rede davon sein, daß mangelhafte Geschäftsführung ein Grund sein könne, dem Geschäftsinhaber die Leitung der Geschäfte zu entziehen.

Es ist daher ganz natürlich, daß der Geschäftsinhaber vollständig unabhängig von dem stillen Gesellschafter und selbstständig handelt. Dessen Widerspruch und Mißfallen ist für ihn in jeder Beziehung gleichgültig.

Unzweifelhaft gehört auch zu den Befugnissen des Geschäftsinhabers, die Geschäfte der stillen Gesellschaft, da das Handelsgewerbe sein eigenes Unternehmen ist, durch einen dritten führen zu lassen und sich ganz oder zum Teil von dem Handelsgewerbe zurückzuziehen. Er kann nach Belieben einen Handlungsbevollmächtigten bestellen, einen Prokuristen ernennen und Gehilfen annehmen.

Überhaupt wird der Geschäftsinhaber jedes gewöhnliche und ungewöhnliche Geschäft, das innerhalb des Handelsgewerbes vorkommt, vornehmen können.

Doch wird dies in letzter Beziehung einige Einschränkungen erfahren müssen.

Wenngleich es auch die eigenen Geschäfte sind, die vom Geschäftsinhaber geführt werden, so sind es doch Geschäfte, die auf gemeinsame Rechnung des Geschäftsinhabers und des stillen Gesellschafters geführt werden. M. E. muß daher, wenn es sich nicht nur um ungewöhnliche, sondern um Geschäfte handelt, die vollständig aus dem Rahmen des Gesellschaftsvertrages herausfallen, die Zustimmung des stillen Gesellschafters eingeholt werden.[2]) Denn ohne die eingeholte Zustimmung des stillen Gesellschafters würde

---

[1]) § 713. B. H. B.

[2]) Staub S. 999, Anm. 31 zu § 335 H. G. B.

der Geschäftsinhaber vertragswidrig handeln.[1]) Allerdings würde ein solches vom Geschäftsinhaber vertragswidrig vorgenommenes Geschäft gültig sein, aber ihn zum Schadenersatze verpflichten und dem stillen Gesellschafter einen Rechtsgrund geben, die Gesellschaft zu kündigen.

Hierhin gehört auch der Fall der Veräußerung und des Aufgebens des Handelsgewerbes durch den Geschäftsinhaber. Eine solche Handlung wäre eine Vertragsverletzuug im höchsten Grade. Denn dadurch vereitelt der Geschäftsinhaber die Erreichung des Zweckes, zu welchem die stille Gesellschaft eingegangen worden ist, nämlich Gewinn aus dem Handelsgewerbe des Geschäftsinhabers zu ziehen. Auf die Erreichung dieses Zweckes hinzuarbeiten, ist der Geschäftsinhaber kraft seiner Beitragspflicht verpflichtet.

Ob der Geschäftsinhaber berechtigt ist, ohne Einwilligung des stillen Gesellschafters den Geschäftszweig zu ändern, hängt von dem einzelnen Fall ab. Beteiligt sich der stille Gesellschafter an einem Unternehmen, das in einem Geschäftszweige arbeitet, in welchem es nicht ungewöhnlich ist, daß die Branche gewechselt wird — z. B. eine Fabrik, die bis dahin Dampf- und Gasmotoren fabriziert hat, geht wegen der umschlagenden Konjunktur zur Fabrikation von Elektromotoren über — so wird m. E. der Geschäftsinhaber dazu berechtigt sein; es sei denn, daß im Vertrage ausgemacht ist, daß jegliche Brancheänderung ausgeschlossen ist. Hingegen würde der Geschäftsinhaber aber nicht ohne Zustimmung des stillen Gesellschafters seine Maschinenfabrik in eine Möbelfabrik umwandeln können.

Dies führt zur Erörterung der Frage hinüber, ob auch für den Geschäftsinhaber der stillen Gesellschaft in gleicher Weise wie für die offenen Handelsgesellschafter und die persönlich haftenden einer Kommanditgesellschaft das Konkurrenzverbot gilt. Eine ausdrückliche Bestimmung hierüber ist im Gesetzbuch nicht vorhanden.

Mit Rücksicht darauf, daß, wenn die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder die persönlich haftenden einer Kommandit-

---

[1]) Vgl. Cosack, 3. Aufl. S. 603 H. G. B.

gesellschaft sich an einem Konkurrenzunternehmen in derselben Weise beteiligen, die Erreichung des Gesellschaftszweckes dadurch illusorisch gemacht wird und dies eine Handlung wäre, die den Mitgesellschaftern gegenüber gegen Treu und Glauben verstöße, ist das Konkurrenzverbot vom Gesetzgeber erlassen worden. Dies gilt auch für die Person des Geschäftsinhabers einer stillen Gesellschaft. Es ist daher Behrend[1]) beizupflichten, wenn er analog das Konkurrenzverbot für den Geschäftsinhaber der stillen Gesellschaft angewendet haben will. Wäre dem Geschäftsinhaber erlaubt, sich an einem fremden gleichartigen Unternehmen zu beteiligen, wäre er dadurch, daß er die Leitung der Geschäfte in der Hand hat, in die Lage versetzt, alle vorteilhaften Geschäfte für das fremde Unternehmen, an dem er interessiert ist, abzuschließen und die unvorteilhaften alle für dasjenige, das den Gegenstand der stillen Gesellschaft bildet. Auf diese Weise könnte der Geschäftsinhaber mit Leichtigkeit nur für sein Interesse arbeiten. Solche Folgen hat der Gesetzgeber sicherlich nicht beabsichtigt.

Falls der stille Gesellschafter jedoch seine Beteiligung nur auf eine Filiale des Unternehmens des Geschäftsinhabers beschränkt hat, wird es dem Geschäftsinhaber nicht verwehrt sein dürfen, auf eigene Rechnung neue Filialen zu errichten oder sich an einem fremden gleichartigen Unternehmen zu beteiligen.[2]) In dem Fall wird der stille Gesellschafter dadurch nicht geschädigt. Beschränkt sich jedoch die Beteiligung des stillen Gesellschafters nicht auf eine Filiale, sondern umfaßt das gesammte Handelsgewerbe, wird der Geschäftsinhaber nicht berechtigt sein, auf eigene Rechnung Zweigniederlassungen zu errichten. Denn dadurch verletzt er das Konkurrenzverbot. Dies würde er aber nicht thun, wenn er die Zweigniederlassungen auf gemeinsame Rechnung, nämlich seiner und des stillen

---

[1]) Behrend, Hdlrcht. S. 672 § 93.
Staub, S. 1000, Anm. 32 zu § 335 H. G. B.
Cosack, 4. Aufl. H. G. B. S. 587 § 102 III 2 d.

[2]) Lehmann (Lehmann-Ring H. G. B. W. 669 Anm. 15 zu § 335) ist gegen die prinzipielle Anwendung des Konkurrenzverbotes und will es von jedem einzelnen Fall abhängig machen. Praktisch kommt er aber zu denselben Ergebnissen wie den oben geschilderten.

Gesellschafters, errichtete. Es wird also dagegen nichts einzuwenden sein.

Verletzt der Geschäftsinhaber das Konkurrenzverbot, so hat er dem stillen Gesellschafter den hierdurch angerichteten Schaden zu ersetzen. Von einem Eintrittsrecht des stillen Gesellschafters, wie es nach § 113 H. G. B. der offenen Handelsgesellschaft zusteht, kann, da die stille Gesellschaft nicht nach außen hervortritt, keine Rede sein.

Bei der Führung sämmtlicher Geschäfte, gewöhnlicher wie ungewöhnlicher hat der Geschäftsinhaber dem stillen Gesellschafter für diligentia quam in suis einzustehen. [1])

Wie aus dem Wesen der stillen Gesellschaft hervorgeht, daß der Geschäftsinhaber der geborene Geschäftsführer ist, so folgt mit ebenso innerer Notwendigkeit, daß der stille Gesellschafter grundsätzlich von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist.

Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß durch den Gesellschaftsvertrag die Verhältnisse betreffs der Leitung der Geschäfte anders geregelt werden können.

Es kann ausgemacht werden, daß der Geschäftsinhaber bei allen wichtigen Angelegenheiten an die Zustimmung des stillen Gesellschafters gebunden ist. Die Beschränkung des Geschäftsinhabers kann sogar soweit gehen, daß er im inneren Betrieb gar nichts zu sagen hat.

Unter diesen Verhältnissen wird aber, da der stille Gesellschafter dann in praxi der eigentliche Geschäftsleiter wird, er dem Geschäftsinhaber, ebenso wie unter anderen Verhältnissen dieser ihm, bei seinen Dispositionen über die Geschäfte für diligentia quam suis einstehen müssen.

Wenngleich der stille Gesellschafter grundsätzlich von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, so ist hierdurch noch nicht jede Beziehung des stillen Gesellschafters zur Geschäftsführung gelöst. Der Gesetzgeber hat ihm einige Kontrolrechte verliehen, die im § 338 H. G. B. festgesetzt sind.

---

[1]) § 708 B. G. B.

Hiernach hat der stille Gesellschafter das Recht, die abschriftliche Mitteilung der Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher zr prüfen. Die im § 716 B. G. B. verzeichneten weitergehenden Kontrolrechte des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind ihm jedoch ausdrücklich versagt.

Ferner kann auf Antrag des stillen Gesellschafters, wenn wichtige Gründe vorliegen, das Gericht jederzeit die Mitteilung einer Bilanz oder sonstigen Aufklärungen sowie die Vorlegung der Bücher und Papiere jederzeit anordnen.

Die Kontrolrechte sind also äußerst gering für den stillen Gesellschafter. Sie stellen bei ihm keineswegs wie bei dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein Überwachungs- und Aufsichtsrecht über die Führung der Geschäfte, die zum Teil seine eigenen sind, dar. Gerade die Befugnisse, die die Kontrolrechte des Gesellschafters des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu einem solchen machen, fehlen ihm. Die Kontrolrechte des stillen Gesellschafters lassen sich vielmehr für ihn lediglich dahin zusammenfassen, daß ihm nur jährlich zur Kenntnis gebracht werden muß, was an Geschäften überhaupt ausgeführt worden ist und er das Recht hat, diesen Bericht hierüber nachzuprüfen, ohne daß er jedoch die Geschäftsführung des Geschäftsinhabers einer wirksamen Kritik unterziehen kann.

Diese Stellung des stillen Gesellschafters entspricht jedoch der Natur der stillen Gesellschaft. Die Geschäfte sind für den stillen Gesellschafter ja völlig fremde, es sind diejenigen des Geschäftsinhabers, an denen er nur pekunär beteiligt ist und die mit auf seine Rechnung geführt werden.

Die Abschrift der Bilanz darf der stille Gesellschafter sich nicht selbst anfertigen, sondern er hat die Ausführung dem Geschäftsinhaber zu überlassen und sie abzuwarten. Andererseits ist aber auch der Geschäftsinhaber hierzu verpflichtet. Kommt der Geschäftsinhaber seiner Verpflichtung nicht nach, hat der stille Gesellschafter noch kein Recht, sich selbstständig eine Abschrift anzufertigen und hierzu in die Geschäftsräume zu kommen. Der Geschäftsinhaber wäre zweifellos berechtigt, dem stillen Gesellschafter dies zu verbieten

und der stille Gesellschafter würde sich des Hausfriedensbruchs schuldig machen, wenn er der Aufforderung des Geschäftsinhabers, die Räume zu verlassen, nicht nachkäme. Dem stillen Gesellschafter bliebe also höchstens der Weg der Klage übrig, um die Abschrift der Bilanz zu erlangen. Unter Umständen kann jedoch das Verhalten des Geschäftsinhabers einen wichtigen Grund bilden, daß das Gericht die Vorlegung der Bücher und Mitteilung einer Bilanz auf Antrag des stillen Gesellschafters durch Beschluß sofort anordnet.

Dem stillen Gesellschafter die Nachprüfung der Bilanz zu ermöglichen, wird der Geschäftsinhaber zweifellos verpflichtet sein. Er wird dem stillen Gesellschafter also auch das Betreten der Geschäftsräume zu diesem Zweck gestatten müssen. Der stille Gesellschafter hat jedoch nur das Recht, die Bücher und Papiere solange durchzusehen, als dies zu diesem Zwecke nötig ist. Ist der Geschäftsinhaber ein Minderkaufmann, so sind die Vorschriften des § 338 H. G. B. analog anzuwenden [1]) und man muß annehmen, daß auch der Minderkaufmann als Geschäftsinhaber seinem stillen Gesellschafter Bericht über das Geschäftsjahr erstatten muß. Zwar ist der Minderkaufmann nicht verpflichtet, Bücher zu führen; auch durch die Vorschrift des § 338 H. G. B. kann er nicht indirekt, falls er einen stillen Gesellschafter hat, hierzu gezwungen werden. Aber der Minderkaufmann wird in dem Fall, wo er einen stillen Gesellschafter hat, solche Notizen über den Geschäftsgang machen müssen, daß er seiner Verpflichtung, dem stillen Gesellschafter Bericht zu erstatten, nachkommen kann und daß es auch dem stillen Gesellschafter möglich ist, an deren Hand den Bericht zu prüfen. Denn darin ist Staub [2]) beizupflichten, daß der Gesetzgeber jedenfalls den stillen Gesellschafter nicht ohne Kontrolrecht lassen wollte.

Ferner ist auch noch Abs. 3 § 338 H. G. B. dahin auszulegen, daß auch der stille Gesellschafter, wenn wichtige Gründe vorliegen, mit Hülfe des Gerichts jederzeit Aufklärung auf Grund dieser Notizen verlangen kann.

Diese Kontrolrechte des stillen Gesellschafters können durch Vertrag mannigfachen Modifikationen unterworfen worden. Sie

[1]) Behrend „Hdsrcht." § 93 Anm. 19.
[2]) Staub S. 1905 Anm. 5 zu § 338 H. G. B.

können erweitert und beschränkt werden oder auch gänzlich ausgeschlossen werden. Falls jedoch dieses letztere geschieht, findet sicherlich der § 716 Abs. 2 B. G. B., wonach dem Gesellschafter des Bürgerlichen Gesetzbuchs trotz Verzichtes seine Kontrolrechte verbleiben, falls Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht, auch auf den stillen Gesellschafter analoge Anwendung.

Die Anwendung des Konkurrenzverbotes auf den stillen Gesellschafter kann naturgemäß gar nicht in Frage kommen. Er hat auf die Geschäftsleitung gar keinen Einfluß und bekommt außer der ihm jährlich zustehenden Bilanzabschrift gar keine Kenntnis davon. Es fallen also die Gründe, die seine Anwendung auf die Person des Geschäftsinhabers nötig machen, nämlich daß der Geschäftsininhaber, da er die Geschäfte der stillen Gesellschaft in der Hand hat, die Gesellschaft durch ein Konkurrenzunternehmen arg schädigen könne, bei dem stillen Gesellschafter fort. Dieser wird auch dem Konkurrenzverbot nicht unterliegen, wenn seine Kontrolrechte über die Geschäftsführung erweitert sind. Er wird ihm aber unterliegen, sobald die eben angeführten Gründe für die Anwendung des Konkurrenzverbots auf den Geschäftsinhaber auch für seine Person entstehen. Insbesondere wird dies der Fall sein, wenn durch den Gesellschaftsvertrag der stille Gesellschafter so gestellt ist, daß er in praxi der eigentliche Geschäftsleiter ist.

b) Nach außen.

§ 9.

1. Vertretung.

Die stille Gesellschaft ist eine bloße Innengesellschaft, die Öffentlichkeit nimmt gar keine Notiz von ihr, sie wird darum auch gar nicht registriert. Nach außen tritt nur der Geschäftsinhaber hervor und zwar ist es hierbei ganz gleichgültig, ob er im inneren Betriebe des Handelsgewerbes durch den stillen Gesellschafter beschränkt ist, oder gar der stille Gesellschafter der Geschäftsleiter

ist. Auch entstehen nur durch das Handeln des Geschäftsinhabers Rechtswirkungen, die in ihren wirtschaftlichen Folgen die stille Gesellschaft treffen.

Der Geschäftsinhaber handelt hierbei aber keineswegs als Vertreter der stillen Gesellschaft, sondern kraft eigenen Rechts. Aus den abgeschlossenen Rechtsgeschäften wird er dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet. Denn die stille Gesellschaft erschöpft sich in dem zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Geschäftsinhaber bestehenden obligatorischen inneren Rechtsverhältnisse, das nach außen dritten gegenüber gar nicht wahrnehmbar und wirksam ist.

Ebensowenig kann aus diesem Grunde von einer Vertretung der stillen Gesellschaft durch den stillen Gesellschafter gesprochen werden, wenn kraft eines besonderen Rechtsverhältnisses der stille Gesellschafter das Handelsgewerbe, das den Gegenstand der stillen Gesellschaft bildet, — z. B. er ist Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter — vertritt. Er vertritt als solcher nur den Geschäftsinhaber als seinen Prinzipal.

Desgleichen kann der Geschäftsinhaber nur allein und im eigenen Namen klagen und verklagt werden. Ein im Prozesse ergangenes Urteil wirkt nur für und gegen ihn allein. Der stille Gesellschafter hat mit einem solchen Prozesse gar nichts zu tun, er ist nicht etwa Streitgenosse des Geschäftsinhabers, wie die Gesellschafter des Bürgerlichen Gesetzbuchs untereinander. Im Gegenteil der Prozeß ist für ihn ein vollständig fremder. Es steht auch nichts im Wege, daß er im Prozesse als Zeuge vernommen wird.[1])

§ 10.

2. Die Haftung.

Eine weitere Folge des nur zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Geschäftsinhaber bestehenden inneren Rechtsverhältnisses ist, daß der stille Gesellschafter zu den Geschäftsgläubigern in gar keine unmittelbare Beziehung tritt und in gar keiner Weise für Geschäftsschulden haftet. Geschäftsschulden, die in ihrer wirtschaftlichen

[1]) Staub S. 994 Anm. 10 zu § 335 H. G. B.
Lehmann-Ring S. 669 § 335 H. G. B. Nr. 18.

Folgen auch den stillen Gesellschafter treffen können, sind nach außen und dritten gegenüber nur Schulden des Geschäftsinhabers, der allein dafür haftet. Dies tut er jedoch nicht nur mit dem im Geschäft investierten, sondern mit seinem gesamten Vermögen.

Auch die Bestimmung des § 342 H. G. B., auf Grund deren der Konkursverwalter beim Konkurse des Geschäftsinhabers, wenn auf Grund einer in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkurses zwischen dem Inhaber des Handelsgeschäfts und dem stillen Gesellschafter getroffenen Vereinbarung diesem die Einlage ganz oder teilweise zurück gewährt oder sein Anteil an dem entstandenen Verlust ganz oder teilweise erlassen worden ist, die Rückgewähr oder den Erlaß anzufechten berechtigt ist, begründet keine Haftung des stillen Gesellschafters für die Geschäftsschulden.

Diese Vorschrift gibt den Gläubigern nur ein erleichtertes Anfechtungsrecht, indem sie nicht nötig haben zu beweisen, daß durch die Rückgewähr die Gläubiger absichtlich geschädigt worden sind. [1])

Soll der stille Gesellschafter direkt für Geschäftsschulden haften, muß ein besonderer Rechtsgrund hinzutreten z. B. Bürgschaft oder Kreditauftrag. [2])

Im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch [3]) war noch eine Bestimmung getroffen, daß die Frage, ob für den Fall, daß durch einen stillen Gesellschafter oder mit dessen Willen das Vorhandensein der stillen Gesellschaft kundgemacht wird, rechtliche Wirkungen zu Gunsten dritter Personen eintreten, dies nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen sei. Diese Bestimmung ist in das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 nicht mehr aufgenommen worden. Doch ist damit der alte Streit, der sich an diese Bestimmung geknüpft hat, keineswegs begraben. Die Denkschrift [4]) hebt ausdrücklich hervor, daß unter Umständen die Kundmachung eine Haftung des stillen Gesellschafters begründen kann.

---

[1]) Denkschrift S. 186.
[2]) B. G. B. § 778.
[3]) Art 260.
[4]) S. 185.

Das bloße Kennen der Tatsache, daß der stille Gesellschafter mit dem Geschäftsinhaber eine stille Gesellschaft eingegangen ist, kann für den stillen Gesellschafter, falls ein Dritter hierdurch veranlaßt worden war, dem Geschäftsinhaber einen erhöhten Kredit zu geben, keine Haftung für den daraus entstehenden Schaden des Dritten begründen.

Ebenso wenig kann eine Haftung für den stillen Gesellschafter begründet werden, wenn der Geschäftsinhaber oder ein anderer Stiller ohne Zutun des stillen Gesellschafters das Vorhandensein des stillen Gesellschaft kund giebt.

Es kann also nur die Kundmachung durch den stillen Gesellschafter selbst oder durch den Geschäftsinhaber mit Wissen und Wollen des stillen Gesellschafters in Frage kommen.

Teilt der stille Gesellschafter das Vorhandensein der stillen Gesellschaft dies einem Dritten nur gesprächsweise oder erst auf dessen ausdrückliche Anfrage mit, kann keine Haftung für ihn daraus entstehen.

Schwieriger ist jedoch die Frage dann zu entscheiden, wenn der stille Gesellschafter oder der Geschäftsinhaber mit dessen Wissen und Wollen durch Zirkulare oder Zeitungsannoncen die stille Gesellschaft bekannt gemacht hat. Es liegt auf der Hand, daß eine solche Bekanntmachung nur zu dem Zweck gemacht worden sein kann, um die durch das Eingehen der stillen Gesellschaft verursachte größere Kapitalskraft des Geschäftsinhabers dadurch in das rechte Licht zu setzen und dadurch seine Kreditfähigkeit zu erhöhen. Daß aber dadurch ein Kreditauftrag, wie von Hahn[1]) annimmt, zu Stande kommt und eine Haftung des stillen Gesellschafters begründet, ist m. E. nicht richtig.[2])

Ein Kreditauftrag kann m. E. nur zu Stande kommen durch Vertrag zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten. Ein solcher Vertrag liegt aber nicht in einer öffentlichen Kundgebung an einen unbestimmten Kreis von Personen. Aber selbst wenn man in

---

[1]) § 17 zu Art. 260.

[2]) gleicher Ansicht Renaud „stille Ges." S 109 und Lehmann S. 670. Ann. 19 zu § 335 Lastig Endemann Hdbch. S. 753.

der Kundgebung eine Offerte zu einem Kreditauftrag, der dadurch fertig abgeschlossen wird, daß ein Dritter dem Geschäftsinhaber Kredit gibt, sehen will, so ist dem entgegen zu halten, daß jedenfalls eine solche Offerte nicht in der Absicht des stillen Gesellschafters liegt.

Denn mit der Kundmachung der stillen Gesellschaft soll nur die Tatsache bezeugt werden, die den Geschäftsinhaber als jetzt besonders kreditwürdig erscheinen läßt; es wird damit also nur eine Empfehlung des Geschäftsinhabers andern Geschäftsleuten gegenüber bezweckt.

Geschähe allerdings die Bekanntmachung der stillen Gesellschaft wahrheitswidrig und es würde ein Dritter dadurch veranlaßt, dem Geschäftsinhaber Kredit zu geben, würde der stille Gesellschafter allerdings dem Dritten den dadurch enstandenen Schaden ersetzen müssen. Diese Verpflichtung würde aber nicht darum für ihn entstehen, weil er stiller Gesellschafter ist, sondern weil darin eine unerlaubte Handlung liegt.[1])

Eine Haftung des stillen Gesellschafters kann sich aus der Kundmachung nur unter ganz besonderen Umständen ergeben. Namentlich würde dies der Fall sein, wenn durch den stillen Gesellschafter oder den Geschäftsinhaber mit dessen Einwilligung das zwischen beiden bestehende Gesellschaftsverhältnis einem Dritten in einer Weise, z. B. indem ihm ganz genau die Höhe der Einlage und alle Einzelheiten mitgeteilt werden, kundgemacht wird, daß der Dritte daraus den Schluß ziehen kann, der stille Gesellschafter trete ihm für etwaigen Schaden, den er durch die Kreditgewährung an den Geschäftsinhaber erleide, ein und der Dritte dieses Anerbieten des stillen Gesellschafters auch wirklich annimmt.

Dieser Kreditauftrag kann sich sowohl auf ein einzelnes als auch auf mehrere Geschäfte beziehen und kann nicht nur einmal, sondern mehrmals mit verschiedenen Personen abgeschlossen werden.

Er ist jedoch kein unbeschränkter.

Es kann sich erstens seiner Natur nach nur auf solche Geschäfte beziehen, die innerhalb des Handelsgewerbes des Geschäftsinhabers abgeschlossen worden sind.

---

[1]) B. G. B. § 823. Abs. 1 § 824.

Zweitens verpflichtet sich der stille Gesellschafter in dem Kreditauftrage nur, für die sich daraus ergebenden Verbindlichkeiten in dem Maße zu haften, wie für die übrigen im Handelsgewerbe des Geschäftsinhabers entstehenden Verbindlichkeiten. Daraus folgt, daß er also nur bis zum Betrage seiner Einlage und nach Maßgabe seines Verlustanteils haftet. Ist er hiervon auf Grund des Gesellschaftsvertrages befreit, muß er dennoch mit seiner Einlage haften, außer wenn er dem Dritten hiervon Mitteilung gemacht hat. Desgleichen muß er auch dem Dritten, falls seine Einlage nicht vollständig eingezahlt ist, mit dem rückständigen Teil der Einlage haften.

Er haftet jedoch dem Dritten nicht, falls seine Einlage durch schlechte Geschäfte untergegangen ist.

Hat der stille Gesellschafter verschiedenen Personen den Kreditauftrag erteilt, haftet er natürlich jedem gesondert, aber nur bis zum Betrage seiner Einlage.

Wird die stille Gesellschaft aufgelöst, fällt auch die Haftung des stillen Gesellschafters fort. Das Gleiche tritt auch bei Erlaß der Einlage ein. Dies muß aber dem Dritten mitgeteilt werden oder er muß es auf irgend eine andere Weise erfahren. Ist die Mitteilung dem Dritten gegenüber nicht geschehen, so muß der stille Gesellschafter auch noch fernerhin haften.

Damit daß er die stille Gesellschaft kundmacht, stellt sich der stille Gesellschafter Dritten gegenüber aber keineswegs als offener Gesellschafter hin. Giebt sich der stille Gesellschafter aber Dritten gegenüber als offener Gesellschafter aus, während er tatsächlich nur stiller Gesellschafter ist, so darf er dagegen nichts einwenden, wenn er auch als solcher behandelt wird und dementsprechend auch für die Geschäftsschulden von dem Dritten haftbar gemacht wird.[1]) Handelt der stille Gesellschafter hierbei im Einverständnisse mit dem Geschäftsinhaber, dann liegt überhaupt keine stille Gesellschaft, sondern eine offene vor.

Wenn jedoch der Geschäftsinhaber seinen stillen Gesellschafter Dritten gegenüber als offenen Gesellschafter hinstellt, kann dies keinen Rechtsgrund bilden, daß der stille Gesellschafter für die Geschäfts-

---

[1]) R. O. H. G. Bd. 15. S. 21, R. G. Bd. 31. S. 39.

schulden direkt haftet. Geschieht dies aber mit Einverständnis des stillen Gesellschafters, dann liegt wiederum keine stille Gesellschaft mehr vor, sondern eine offene.

Keinen Rechtsgrund für den stillen Gesellschafter, für Geschäftsschulden direkt zu haften, bildet jedoch der Umstand, daß sein Name in der Geschäftsfirma enthalten ist. An sich ist dies auf Grund des § 18. Abs. 2 H. G. B. verboten und ein solcher Umstand kann nur in Folge eines früheren Inhaberverhältnisses des stillen Gesellschafters zu dem Handelsgewerbe des Geschäftsinhabers vorhanden sein z. B. der stille Gesellschafter hat sein Geschäft mit Firma an den Geschäftsinhaber verkauft, ist darauf mit dem Geschäftsinhaber eine stille Gesellschaft eingegangen und hat das Restkaufgeld als Einlage gegeben. Jedenfalls hat aber dann das Vorhandensein des Namens des stillen Gesellschafters in der Firma mit der stillen Gesellschaft als solcher gar nichts zu tun.

Ist jedoch der Name des stillen Gesellschafters in der Firma enthalten, weil der Geschäftsinhaber ihn hat eintragen lassen, so haftet, vorausgesetzt daß der stille Gesellschafter mit der Eintragung einverstanden war, dieser unbeschränkt. Es liegt dann allerdings keine stille Gesellschaft mehr vor, sondern eine offene Handelsgesellschaft.

Ist die Eintragung aber ohne Einverständnis und ohne Wissen des stillen Gesellschafters erfolgt, kann natürlich für ihn dies keinen Rechtsgrund bilden, für die Geschäftsschulden direkt zu haften.

§ 11.

C. Abänderung der stillen Gesellschaft.

Es gehört zum Wesen jeder Art von Gesellschaft, mithin also auch der stillen Gesellschaft, daß sie auf dem gegenseitigen persönlichen Vertrauen zu einander beruht. Diesen Grundsatz spricht auch das Bürgerliche Gesetzbuch aus, indem es § 717 bestimmt, daß die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsvertrage zustehen, unübertragbar sind. Nur die Vermögensansprüche sind übertragbar.

Da im Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 besondere Vorschriften für die stille Gesellschaft fehlen, wird man diesen § auch auf diese anzuwenden haben.

Für die Person des stillen Gesellschafters wird also hieraus folgen, daß er seinen Anspruch auf den Geldbetrag seiner Einlage und auf Ausschüttung eventuellen Gewinnes an einen Dritten abtreten kann. Dagegen wird er seine anderen Rechte aus dem Gesellschaftsvertrage, wie Kontrolrechte über die Geschäftsführung oder unter Umständen seine Befugnis daran teilzunehmen, nicht abtreten können. Als praktische Folge ergiebt sich für den stillen Gesellschafter daraus, daß er dem Geschäftsinhaber keinen andern als stillen Gesellschafter an seiner Stelle aufdrängen kann[1]).

Aber das zwischen beiden bestehende Vertrauensverhältnis verpflichtet nicht nur den stillen Gesellschafter, dem Geschäftsinhaber keinen andern Gesellschafter aufzudrängen, sondern auch umgekehrt den Geschäftsinhaber. Er wird also alle Handlungen unterlassen müssen, die dazu führen könnten. Er wird vor allem nicht das Handelsgewerbe veräußern dürfen.

Eine weitere Folge der Durchführung des Princips, daß Veränderungen im Bestande der Teilhaber unstatthaft sind, ist, daß nicht einmal der Erbe eines verstorbenen Gesellschafters in die Gesellschaft ipso iure eintritt, sondern daß die Gesellschaft, wenn sich nicht aus dem Vertrage etwas anderes ergiebt — z. B. der Eintritt des Erben ist vorgesehen — untergeht. Dies hat auch das Bürgerliche Gesetzbuch § 727 Abs. 1 für die bürgerliche Gesellschaft vorgeschrieben.

Diese Bestimmung kann man jedoch nur in Bezug auf die Person des Geschäftsinhabers auf die stille Gesellschaft anwenden.

Was die Fortsetzung dagegen mit den Erben des stillen Gesellschafters anlangt, so hat das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897[2]) bestimmt, daß durch den Tod des stillen Gesellschafters die

---

[1]) Lastig (Endemanns Hdbch. S. 743) glaubt dem stillen Gesellschafter diese Beschränkung nicht auferlegen zu dürfen. Dies hängt mit seiner Auffassung, daß der Vertrag, wodurch die stille Gesellschaft geschlossen wird, ein Darlehen sei, zusammen.

[2]) § 339 Abs. 2.

Gesellschaft nicht aufgelöst wird. Sie wird daher ipso iure mit den Erben des stillen Gesellschafters fortgeführt. Der mehrfach erwähnte Grundsatz, daß Veränderungen im Bestande der Teilhaber unstatthaft sind, ist also in diesem Falle nicht so stark durchgeführt, sondern wie bei der Commanditgesellschaft, abgeschwächt.

Hinterläßt jedoch der stille Gesellschafter mehrere Erben, so tritt, solange der Nachlaß noch nicht geteilt ist, die Erbengemeinschaft an die Stelle des Verstorbenen, aber nicht jeder einzelne Erbe. Wird nach der Auseinandersetzung einem der Erben der Anteil des stillen Gesellschafters zugewiesen, so gilt dieser dann als stiller Gesellschafter. Ist jedoch nach erfolgter Auseinandersetzung der Anteil des stillen Gesellschafters, sämmtlichen oder mehr als einem Erben zugewiesen worden, dann tritt nicht etwa jeder einzeln in die stille Gesellschaft ein, sondern sie müssen alle zusammen gemeinschaftlich in die stille Gesellschaft eintreten, da diese nur aus zwei Teilnehmern bestehen darf. Sie dürfen auch nur einmal eine Abschrift der Bilanz verlangen,[1]) haben gemeinschaftlich für die rückständige Einlage einzustehen und auch nur gemeinsam Anspruch auf den Gewinnanteil ihres Erblassers.

Ob das Ausscheiden oder Neueintritt eines Gesellschafters sich mit dem Gesellschaftscharakter der stillen Gesellschaft verträgt oder ob eine solche Abänderung statthaft ist, kann bei der stillen Gesellschaft nicht in Frage kommen. Denn bei der geschlossenen Anzahl von zwei Teilnehmern ist ein Ausscheiden oder Eintreten, ohne daß die stille Gesellschaft untergeht, nicht möglich.

D. Auflösung.

§ 12. Ursachen.

Die Ursachen, wodurch die stille Gesellschaft aufgelöst wird, sind entweder gesetzliche Auflösungsgründe oder sie wird durch ein Rechtsgeschäft von Seiten eines der beiden an dem Gesellschaftsverhältnis beteiligten aufgelöst.

---

[1]) Renaud S. 163 stille Ges.

Über die gesetzlichen Auflösungsgründe ist nur eine Vorschrift im Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 gegeben und diese auch nur negativ. Sie bestimmt, daß durch den Tod des stillen Gesellschafters die stille Gesellschaft nicht aufgelöst wird.[1]) Es muß also auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die gesetzlichen Auflösungsgründe einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zurückgegangen werden;[2]) jedoch muß dabei im Auge behalten werden, ob nicht Auflösungsgründe, die für die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs am Platze sind, der Natur der stillen Gesellschaft widersprechen.

Selbstverständlich ist, daß die stille Gesellschaft wie jedes andere Vertragsverhältnis mit der Zeit, für welche sie eingegangen ist, sich auflöst.[3]) Es steht jedoch den Parteien frei, die Gesellschaft nach Ablauf zu verlängern; dies kann auch stillschweigend geschehen.

Nach § 726 B. G. B. endigt die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs damit, daß ihr Zweck erreicht oder dessen Erreichung unmöglich geworden ist. Die Denkschrift[4]) hält diesen Auflösungsgrund auch auf die stille Gesellschaft für anwendbar, da die stille Gesellschaft nicht nach außen hervortrete. M. E. jedoch ist die Anwendung des § 726 B. G. B. auf die stille Gesellschaft nicht möglich. Wenn die stille Gesellschaft auch wie die Commandit- und offene Handelsgesellschaft eine Erwerbsgesellschaft ist, so ist zwar zuzugeben, daß sie eine Unterart der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und eine bloße Innengesellschaft ist. Die Bedenken, die die Denkschrift[5]) gegen die Anwendung des § 726 B. G. B. auf die offene Handelsgesellschaft in Bezug auf ihr Verhältnis zu Dritten erhebt, fallen allerdings bei der stillen Gesellschaft fort, da sie zu Dritten in keine Beziehung tritt. Jedoch trifft dasjenige, was die Denkschrift[6]) über die Schwierigkeit der Feststellung, ob der vereinbarte Zweck erreicht oder seine Erreichung unmöglich

---

[1]) H. H. B. § 339 Abs. 2.
[2]) Denkschrift S. 185.
[3]) eodem.
[4]) S. 185.
[5]) S. 97.
[6]) S. 97

geworden ist, bei der offenen Handelsgesellschaft sagt, auch bei der stillen Gesellschaft zu.

Schon darüber, was bei der stillen Gesellschaft unter Zweck zu verstehen ist, kann man verschiedener Meinung sein. Einerseits kann man darunter lediglich verstehen, das Handelsgewerbe des Geschäftsinhabers zu betreiben, andererseits kann man dies nur als Mittel zum Zweck auffassen. Der Zweck der stillen Gesellschaft würde dann darin bestehen, vermittelst des Handelsgewerbes des Geschäftsinhabers Gewinn zu erzielen.[1]) Aber, mag man nun in dem Zweck der stillen Gesellschaft das eine oder das andere sehen, es wird jedenfalls in der Praxis eine Feststellung darüber, wann dieser Zweck erreicht ist, zum größten Teil nicht möglich sein. Desgleichen ist die Feststellung, wann die Erreichung des Zweckes unmöglich geworden ist, in der Praxis ebenso schwierig. Erschwert wird die Feststellung auch noch dadurch, daß nicht einmal ein besonderer Termin festgehalten werden kann, an dem die Erreichung des Zwecks unmöglich geworden ist.

Dagegen ist nicht ausgeschlossen, daß mangelnde Rentabilität oder andere Ereignisse, die eine gewinnbringende Thätigkeit im Handelsgewerbe erschweren, einen wichtigen Grund zu sofortiger Kündigung, nach Maßgabe des § 726 B. G. B. bieten.[2])

Ferner wird die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs nach § 727 B. G. B. Abs. 1 durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, wenn sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrage etwas anderes ergiebt.

Diese Bestimmung erleidet in ihrer Anwendung auf die stille Gesellschaft eine Modifikation, indem wie bereits S. 45 erwähnt, das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897[3]) bestimmt, daß durch den Tod des stillen Gesellschafters die stille Gesellschaft nicht aufgelöst wird. Gegenteiliges kann natürlich vereinbart werden.

Ist eine Gesellschaft oder eine juristische Person stiller Gesellschafter, dann wird dem Falle des Todes einer physischen Person

---

[1]) Staub S. 435 Anm. 17 zu § 133 H. G. B.

[2]) Vgl. Staub S. 435 Anm. 17 zu § 133.
Vgl. Staub S. 1007 Anm. 8 zu § 339.

[3]) H. G. B. § 339 Abs. 2.

die Auflösung der Gesellschaft oder juristischen Person gleich zu erachten sein. Es würde also unter analoger Anwendung des § 339 Abs. 2 H. G. B. keine Auflösung der stillen Gesellschaft verursachen. An ihre Stelle treten dann der Liquidationsverein und die Liquidationsgesellschaft. Zu den Rechtsverhältnissen, um derentwillen die Gesellschaft beziehungsweise die juristische Person als fortbestehend gilt, gehört eben auch ihr Verhältnis zum Geschäftsinhaber. Soll dieses gelöst werden, muß dies auf dem Wege freier Vereinbarung geschehen.[1]) Tritt die juristische Person oder die Gesellschaft nicht in Liquidation, sondern an deren Stelle eine neue, die das Vermögen der aufgelösten übernehmen, dann wird die stille Gesellschaft mit dieser nicht fortgesetzt. Dies würde m. E. dem im Gesellschaftsvertrage enthaltenen persönlichen Vertrauensmomente widersprechen.

Dagegen wird betreffs der Person des Geschäftsinhabers die Bestimmung des § 727 Abs. 1 B. G. B. auf die stille Gesellschaft Anwendung finden müssen. Sie wird also durch den Tod des Geschäftsinhabers aufgelöst, falls nicht im Gesellschaftsvertrage die Fortsetzung mit den Erben ausbedungen ist.

Der Erbe des Geschäftsinhabers hat jedoch nach § 727 Abs. 2 B. G. B. wie der eines Gesellschafters des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Pflicht, den Tod des Geschäftsinhabers dem stillen Gesellschafter unverzüglich anzuzeigen und die seinem Erblasser nach dem Vertrage obliegenden Pflichten fortzuführen, bis der stille Gesellschafter mit ihm anderweit Fürsorge getroffen hat. Dagegen wird die Bestimmung des Satz 2, wonach die übrigen Gesellschafter in gleicher Weise verpflichtet sind, die Geschäfte fortzuführen, auf den stillen Gesellschafter nicht anzuwenden sein, da er gar nicht an der Geschäftsführung teilnimmt. Hat er sich aber im Gesellschaftsvertrage Teilnahme an der Geschäftsführung ausbedungen, wird man Satz 2 billigerweise auch auf ihn anwenden können.[2])

Dem Tode einer physischen Person steht die Auflösung der Gesellschaft oder juristischen Person, die Geschäftsinhaber ist, gleich. Die stille Gesellschaft wird also durch deren Untergang aufgelöst.

---

[1]) Vgl. Lehmann-Ring S. 369 § 177 H. G. B. Nr. 2.

[2]) Staub S. 1006 Anm. 3 zu § 339 H. G. B.

Schließlich bestimmt noch der § 728 B. G. B. als gesetzlichen Auflösungsgrund die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters. Diese Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist auch auf die stille Gesellschaft anzuwenden und zwar sowohl in Betreff der Person des Geschäftsinhabers als auch der Person des stillen Gesellschafters.

Der Konkurs des Geschäftsinhabers trifft die stille Gesellschaft aufs schärfste und unmittelbar, da ihre Betriebsmittel zu dem Vermögen des Geschäftsinhabers gehören. Der Konkurs hierüber ist analog dem Konkurse über das Gesellschaftsvermögen einer offenen Handelsgesellschaft. Es erscheint darum nicht nur praktisch gerechtfertigt, sondern auch juristisch vollständig bedenkenfrei, daß das Verhältnis zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Geschäftsinhaber gelöst werde. Durch den Konkurs verliert der Geschäftsinhaber die Verfügung über sein Vermögen, ein Fremder, der Konkursverwalter, tritt an seine Stelle. Dies würde dem im Gesellschaftsvertrage liegenden gegenseitigen Vertrauensmoment widersprechen.

Dagegen führt die schon im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch[1]) enthaltene Bestimmung, daß auch durch den Konkurs des stillen Gesellschafters die stille Gesellschaft aufgelöst wurde, zu mißlichen praktischen Konsequenzen. Der Geschäftsinhaber wird dadurch in die Lage versetzt, die Einlage sofort zurückzahlen zu müssen. Bereits unter der Geltung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs[2]) und schon bei den Nürnberger Beratungen ist diese Bestimmung daher mehrfach angegriffen worden.[3]) Jedoch nicht nur vom praktischen Standpunkt aus, sondern auch vom juristischen zog man gegen diese Bestimmung zu Felde, indem man hervorhob, daß die stille Gesellschaft ein modifiziertes Kreditverhältnis und keine Gesellschaft sei; es seien nur einige Elemente der Gesellschaft in ihr enthalten.[4])

Weiter folgerte man daraus, daß die Gläubiger des stillen Gesellschafters bei dessen Konkurse ebensowenig ein Recht auf die

---

[1]) Art. 261 S. 3.
[2]) Lastig u. Endemann S. 742.
[3]) Protokolle S. 4652.
[4]) Lastig, Endemanns Hdbch. S. 742.

Auflösung der stillen Gesellschaft hätten, wie die Gläubiger eines Darlehensgebers.[1]) Diese Ansicht und die gegen die Bestimmung, daß die stille Gesellschaft durch den Konkurs des stillen Gesellschafters aufgelöst werde, gerichteten Angriffe, daß sie juristisch falsch sei, sind vollständig verfehlt. Die stille Gesellschaft ist gar kein modifiziertes Kreditverhältnis mit einigen sekundären gesellschaftlichen Elementen und noch weniger ist das zwischen dem Geschäftsinhaber und dem stillen Gesellschafter bestehende Rechtsverhältnis das eines Darlehens. Die stille Gesellschaft ist eine Gesellschaft und aus diesem ihrem Charakter erklärt sich die Bestimmung, daß auch der Konkurs des stillen Gesellschafters sie zur Auflösung bringt, da es auch dem in der stillen Gesellschaft liegenden Vertrauensmoment widersprechen würde, wenn der Konkursverwalter an Stelle des stillen Gesellschafters treten würde.

Dem gegenüber muß aber hervorgehoben werden, daß lediglich ein obligatorischer Anspruch auf Rückerstattung in Geld zwischen den beiden Gesellschaften besteht und daß jede Vermögensgemeinschaft fehlt. Der stille Gesellschafter ist mit seinem Vermögen der stillen Gesellschaft uud dem Geschäftsinhaber völlig fremd. Ein Konkurs über sein Vermögen berührt also das Verhältuis zwischen ihm und dem Geschäftsinhaber in vermögensrechtlicher Beziehung gar nicht, während wie schon erwähnt, der Geschäftsinhaber durch die erfolgende Auflösung in die peinliche Lage kommt, die Einlage des stillen Gesellschafters plötzlich, ohne daß er hat Vorbereitungen treffen können, zurückzahlen zu müssen.

In eine gleiche Lage würde der Geschäfteinhaber geraten, wenn die stille Gesellschaft durch den Tod des stillen Gesellschafters aufgelöst würde. Jedoch hat das Gesetz[2]) mit Rücksicht darauf den Grundsatz, daß Veränderungen im Bestande der Teilhaber unstatthaft sind, durchbrochen und die Fortsetzung mit den Erben angeordnet.

Hier könnte man vielleicht einwenden, daß, da es nicht als gegen das in der stillen Gesellschaft liegende Vertrauensmoment verstoßend angesehen werde, daß sie durch den Tod des stillen Gesell-

[1]) Protokolle S. 4653.
[2]) H. G. B. § 339 Abs. 2.

schafters nicht aufgelöst wird, es ebenso wenig dagegen verstoße, daß die stille Gesellschaft durch den Konkurs des stillen Gesellschafters nicht aufgelöst wird. Aber die Lage ist hierbei doch eine wesentlich andere als beim Tode des stillen Gesellschafters. In dem Falle sind es seine Erben, die an seiner Stelle in die Gesellschaft eintreten, also gleichsam diejenigen, die die Persönlichkeit des stillen Gesellschafters, die durch den Tod untergegangen ist, fortsetzen und es widerspricht nicht dem in der Gesellschaft enthaltenen Vertrauensmoment, wenn die ohnehin stark beschränkten Kontrolrechte des stillen Gesellschafters von seinen Erben ausgeübt werden und dies schädigt den Geschäftsinhaber bei weitem nicht in dem Maße, als wenn er die Einlage plötzlich zurückzahlen müßte.

Wenn aber beim Konkurse des stillen Gesellschafters die Gesellschaft nicht aufgelöst, sondern fortgesetzt werden soll, müssen an seine Stelle der Konkursverwalter oder der Gläubigerausschuß treten und seine Kontrolrechte gegenüber dem Geschäftsinhaber ausüben. Diese setzen aber, wenn sie auch als Rechtsnachfolger des stillen Gesellschafters anzusehen ist, doch nicht in der Weise wie die Erben seine Persönlichkeit fort. Denn diese ist ja gar nicht untergegangen, wenn auch der stille Gesellschafter in der Verfügung über sein Vermögen beschränkt ist. Es würde dem gegenseitigen persönlichen Vertrauen, auf dem das Verhältnis zwischen dem Geschäftsinhaber und dem stillen Gesellschafter beruht, aufs schärfste widersprechen, wollte man dem Geschäftsinhaber zumuten, die Gesellschaft mit den Gläubigern, die ihm so fremd sind, wie jeder beliebige dritte und auch zum stillen Gesellschafter nicht in einem solchen Verhältnis stehen, wie seine Erben, fortzusetzen. Dies konnte auch unter Umständen eine viel schwerere Schädigung für den Geschäftsinhaber bedeuten, als daß er den Geldwert des Einlage plötzlich zurückerstatten muß.

Als gesetzlicher Auflösungsgrund ist auch noch der Umstand anzusehen, daß der Geschäftsinhaber aufhört, das Handelsgewerbe zu betreiben. Tut er dies vertragswidrig, macht er sich dem stillen Gesellschafter schadensersatzpflichtig. Aber die stille Gesellschaft wird hierdurch aufgelöst. Dieser Auflösungsgrund ist zwar

nirgends erwähnt, aber er ergibt sich aus der Natur des Rechtsverhältnisses von selbst.[1])

Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch[2]) hob noch als ipso iure wirkenden Auflösungsgrund den Fall hervor, daß der Geschäftsinhaber die Fähigkeit zur selbstständigen Vermögensverwaltung verliert. Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 hat diese Bestimmung nicht aufgenommen und auch das Bürgerliche Gesetzbuch nicht. Sie hat somit für die stille Gesellschaft keine Gültigkeit mehr. Tritt der Fall ein, daß der Geschäftsinhaber unfähig zur Vermögensverwaltung wird, entsteht für den stillen Gesellschafter höchstens ein Recht znr sofortigen Kündigung.

Von den Auflösungsgründen durch Rechtsgeschäft sind es zwei die für die stille Gesellschaft in Betracht kommen.

Erstens kann die stille Gesellschaft durch Übereinkunft der Parteien aufgelöst werden. Zwar erwähnt weder das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 noch das Bürgerliche Gesetzbuch einen solchen Auflösungsgrund, er ist aber aus der Natur der stillen Gesellschaft sowohl als auch der Gesellschaft überhaupt zu entnehmen, die wie jedes andere Rechtsverhältnis durch Übereinkommen der Parteien gelöst werden kann.

Zweitens kann die stille Gesellschaft nicht nur durch das Übereinkommen der Gesellschafter, sondern auch durch ihre einseitige Kündigung aufgelöst werden.

Diese Kündigung ist eine im Sinne des § 130 B. G. B. empfangsbedürftige Willenserklärung.[3])

Hierbei ist jedoch zu bemerken, daß die stille Gesellschaft nur dann gekündigt werden kann, wenn sie auf unbestimmte Zeit eingegangen ist. Eine stille sowie überhaupt eine Gesellschaft, die auf bestimmte Zeit eingegangen ist, kann grundsätzlich nicht gekündigt werden. In Bezug auf die Kündigung stehen jedoch Gesellschaften auf Lebenszeit und solche, die stillschweigend verlängert werden, denen auf unbestimmte Zeit eingegangenen gleich[4])

---

[1]) Staub S. 1007 Anm. 10 zu § 339 H. G. B.
[2]) Art. 261 [2].
[3]) Staub S. 1009 Anm. 22 zu § 339 H. G. B.
[4]) H. G. B. §§ 339 Abs. 1 und 134.

Die Ausübung des Kündigungsrechtes hat aber bei der stillen Gesellschaft nicht nach bürgerlichem Rechts zu erfolgen, sondern laut § 339 Abs. 1 H. G. B. nach den für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften. Dies entspricht auch dem Charakter der stillen Gesellschaft als Erwerbsgesellschaft.[1]) Kündigung kann also nur für den Schluß eines Geschäftsjahres erfolgen und zwar sechs Monate vorher.

Hieraus folgt als selbstverständlich, daß die Bestimmung des § 723 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch, wonach die Gesellschaft nie zur Unzeit, widrigenfalls der Gesellschafter sich schadenersatzpflichtig macht, gekündigt werden kann, auf die stille Gesellschaft nicht anwendbar ist. Denn jede Kündigung, die nicht zu dem gesetzlich vorgeschriebenen Termin erfolgt, wäre rechtsunwirksam.

Hingegen wird man die Bestimmungen des 723 B. G. B. Abs. 1 und Abs. 3, wonach erstens eine Gesellschaft auf unbestimmte und sogar befristete Zeit, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, jederzeit gekündigt werden kann und zweitens das Kündigungsrecht den Vorschriften des Abs. 1 zuwider weder beschränkt noch ausgeschlossen werden darf, in gleicher Weise auf die stille Gesellschaft anwenden müssen.

Für Abs 1., § 723 B. G. B. hebt dies § 339 Abs. 2 H. G. B. noch ausdrücklich hervor.

Als wichtigen Grund führt der § 723 B. G. B. insbesondere an, vorsätzliche und grob fahrlässige Außerachtlassung von Vertragsverpflichtungen und den Fall, daß die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird. Doch ist damit die Aufzählung der wichtigen Gründe bei der stillen Gesellschaft noch nicht erschöpft. Es wird dazu vor allem noch mangelnde Rentabilität des Geschäfts gehören, überhaupt jeder Umstand, der es unmöglich macht, daß der Betrieb des Handelsgewerbes, das den Gegenstand der stillen Gesellschaft bildet, sich zu einem gewinnbringenden gestaltet.

Wann im übrigen ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt, darüber zu urteilen, unterliegt dem freien richterlicher Ermessen.[2])

---

[1]) Denkschr. S. 185.

[2]) Vgl. Staub S. 1009 Anm. 25 zu § 339.

Die Kündigung der stillen Gesellschaft kann nun nicht bloß durch die Gesellschafter sondern auch durch die Gläubiger erfolgen. Dies gilt für Gesellschaften von bestimmter und unbestimmter Dauer Es kommen jedoch nur die Gläubiger des stillen Gesellschafters in Betracht, denn den Gläubigern des Geschäftsinhabers steht ohne weiteres der Zugriff auf sein Vermögen frei.

Für die Ausübung des Kündigungsrechts der Gläubiger sind aber nicht die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs maßgebend, sondern die Vorschriften, die für eine offene Handelsgesellschaft in diesem Fall gelten.

Nötig ist für die Gläubiger die Innehabung eines nicht bloß für vorläufig vollstreckbar erklärten Schuldtitels und eine darauf beruhende Pfändung.[1])

Diese Pfändung kann der Gläubiger des stillen Gesellschafters jedoch erst erwirken, nachdem er innerhalb der letzten sechs Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters ohne Erfolg versucht hat. Das Objekt der Pfändung ist der Anspruch auf dasjenige, was dem stillen Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt.[2])

Der Zeitpunkt, zu welchem die Kündigung erfolgen kann, ist sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahres.

§ 13.

Wirkungen

α) im Allgemeinen.

In Folge ihres Charakters als einer bloßen Innengesellschaft kann die Auflösung der stillen Gesellschaft nach außen und Dritten gegenüber gar keine Wirkung haben. Der Geschäftsinhaber treibt daher auch ruhig sein Handelsgewerbe weiter, es wird von der Auflösung der stillen Gesellschaft in dieser Beziehung nicht im geringsten berührt.

Ferner kann, da die stille Gesellschaft kein Vermögen besitzt und auch gar keine Rechtsbeziehungen zu Dritten hat, die nach der

---

[1]) H. G. B. § 135.
[2]) H. G. B. § 135.

Auflösung noch geregelt werden müssen, eine Liquidation, wie bei einer Gesellschaft des Handelsrechts oder des Bürgerlichen Rechts nicht stattfinden. Es sind also die darüber gegebenen Rechtsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht anwendbar.

Die Wirkung der Auflösung der stillen Gesellschaft kann sich somit nur noch innen äußern. Nur das zwischen dem Geschäftsinhaber und dem stillen Gesellschafter bestehende interne Verhältnis wird durch die Auflösung berührt. Dieses Verhältnis endigt notwendigerweise infolge davon und die stille Gesellschaft geht dadurch unter. Doch sind damit noch nicht alle Beziehungen zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Geschäftsinhaber abgebrochen. Es werden naturgemäß noch immer eine Anzahl von Geschäften vorhanden sein, die aus dem Bestande der stillen Gesellschaft herrühren. Diese müssen erledigt werden. Hierzu wird es oft notwendig sein, daß sogar noch neue Geschäfte eingegangen wurden. Die stille Gesellschaft fristet also nach der Auflösung noch gewissermaßen ein Nachleben. Doch ist das keineswegs eine Liquidation[1]) im Sinne des Handelsgesetzbuchs und des bürgerlichen Gesetzbuchs, und die stille Gesellschaft ist auch in Bezug auf die noch zu erledigenden Geschäfte nicht als fortbestehend anzusehen.[2]) Ja sogar der Ausdruck „Liquidation" ist auf diese Abwickelung und Auseinandersetzung nicht anzuwenden. Es war daher durchaus nicht zutreffend, daß das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch[3]) den Ausdruck Liquidation hierfür anwandte. Dies konnte wie Staub[4]) mit Recht anführt, leicht zu Mißverständnissen Veranlassung geben.

Für die beiden Gesellschafter folgt daraus, daß die stille Gesellschaft untergeht, daß sie von jeder Verpflichtung aus dem Gesellschaftsvertrage frei werden. Der Geschäftsinhaber kann also jede Handlung vornehmen, auch wenn sie durch den Gesellschaftsvertrag ihm verboten war oder sonst eine Vertragswidrigkeit darstellen würde. Nur insoweit würde er noch den Vertragsbestimmungen

---

[1]) vergl. R. G. B. S. 167.
[2]) Behrend „Hdbch." § 94. Anm. 13.
[3]) A.D.H.G.B. Art. 265. Abs. 2.
[4]) Staub A. D. H. G. B. § 7 zu Art. 265.

unterliegen, als die Glattstellung der noch aus dem Bestande der stillen Gesellschaft herrührenden Geschäfte dies verlangte. Ferner braucht der stille Gesellschafter seine Einlage, falls er sie noch nicht geleistet haben sollte, nicht mehr zu leisten, er braucht nicht mehr am Verluste teilzunehmen, hat aber auch kein Anrecht mehr, noch am Gewinn teilzunehmen.

Im übrigen ist die Stellung des stillen Gesellschafters nach erfolgter Auflösung wie Staub[1]) mit Recht hervorhebt, eine derjenigen des ausscheidenden Gesellschafters des Bürgerlichen Gesetzbuchs ganz analoge. In der Weise, wie bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs das Gesellschaftsvermögen in den Händen der übrigen Gesellschafter verbleibt, so verbleibt das Geschäftsvermögen in den Händen des Geschäftsinhabers. Die Auseinandersetzung hat also zwischen den beiden Gesellschaftern grundsätzlich nach Maßgabe der §§ 738—740 B. G. B. in Verbindung mit dem § 340 H. G. B. zu erfolgen.

In erster Linie ist jedoch hervorzuheben, daß die Vorschrift des § 738 B. G. B., wonach der Anteil des ausgeschiedenen Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern zunächst, auf die stille Gesellschaft nicht Anwendung finden kann. Denn der stille Gesellschafter hat keinen Anteil an einem Gesellschaftsvermögen, der dem Geschäftsinhaber zuwachsen könnte, weil erstens die stille Gesellschaft kein organisiertes Vermögen hat und weil die Einlage des stillen Gesellschafters in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergegangen ist.

Dagegen trifft die Bestimmung des § 738 B. G. B., wonach dem Ausscheidenden Gegenstände, die er zur Benutzung gegeben hat, nach Maßgabe des § 732 B. G. B. zurückzugeben sind, auch für den stillen Gesellschafter zu.

Das Guthaben, das bei der Auseinandersetzung für den stillen Gesellschafter entstehen könnte, muß ihm nach § 340 Abs. 1 H. G. B. vom Geschäftsinhaber in Geld berechtigt werden.

Dieser muß ihm also seinen etwaigen Gewinnanteil und seine Einlage, soweit sie nicht durch Verlust vermindert ist, herauszahlen.

---

[1]) Staub S. 1011 Ann. 3 zu § 340 H. G. B.

Ein Passivsaldo, der bei der Auseinandersetzung für den stillen Gesellschafter entstehen könnte, berührt ihn nicht. Denn er haftet gemäß § 337 Abs. 2 H. G. B. nur mit seiner Einlage.

Die Grundlage der Berechnung, die dieser Abfindung zu Grunde zu legen ist, ist die Vermögenseinlage zur Zeit der Auflösung. Der Zeitpunkt ist derjenige des Eintritts der die Auflösung bewirkenden Tatsache.[1])

Die Aufstellung der Berechnung vorzunehmen ist der Geschäftsinhaber berechtigt. Dem stillen Gesellschafter muß aber die Möglichkeit gegeben werden dies nachzuprüfen. Es muß ihm also eine Schlußbilanz vorgelegt werden, die er auf Grund analoger Anwendung des § 338 H. G. B. unter Einsicht der Bücher und Papiere prüfen kann.

Die Vorschriften über die Auseinandersetzung zwischen den beiden Gesellschaftern sind jedoch nur dispositiver Natur. Diese kann in jeder anderen Form von den Gesellschaftern vorgenommen werden.

Wenngleich nun durch die Auflösung die Beziehungen zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Geschäftsinhaber gelöst werden, so geschieht dies doch nicht vollständig. Es wird immer der Fall sein, daß noch einige Geschäfte aus dem Bestehen der stillen Gesellschaft zur Zeit der Auflösung vorhanden sein werden. Diese müssen abgewickelt werden.

Die Abwickelung hat der Geschäftsinhaber zu besorgen als der geborene Vertreter nach außen.[2]) Der stille Gesellschafter hat selbstverständlich keine Befugnis, an der Abwickelung teilzunehmen.

Jedoch nimmt er Teil an dem aus den Geschäften entstehenden Gewinn und Verlust und kann am Schlusse jedes Geschäftsjahres Rechenschaft über die inzwischen beendeten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrages und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen.[3]) Die weitergehenden Kon-

---

[1]) Staub S. 1011 Ann. 6 zu § 340 H. G. B.
[2]) H. G. B. § 340 Abs. 2 S. 1.
[3]) H. G. B. § 340 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3.

trolrechte über die Geschäftsführung hat der stille Gesellschafter nach der Auflösung nicht mehr, da er nicht mehr Gesellschafter ist.

Was nun die Abwickelung der Geschäfte selbst anlangt, so ist nach § 740 B. G. B., Abs. 1 Satz 2 der Geschäftsinhaber berechtigt, die Geschäfte so zu beendigen, wie es ihm am vorteilhaftesten erscheint. Er hat aber hierbei nicht etwa nur für diligentia quam suis [1]) dem stillen Gesellschafter einzustehen, sondern für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns [2]). Denn das Gesellschaftsverhältnis ist nicht mehr vorhanden und es kann daher auch nicht mehr in Bezug auf die Abwickelung der noch schwebenden Geschäfte wirksam sein.[3])

β) im Besonderen.

Während nun die eben bezeichneten Wirkungen der Auflösung der stillen Gesellschaft jederzeit eintreten, gleichgültig welche die Ursache der Auflösung war, kommen, wenn die Auflösung durch Konkurs des stillen Gesellschafters und des Geschäftsinhabers erfolgt, noch einige Besonderheiten hinzu.

Fällt zunächst der stille Gesellschafter in Konkurs, so wird der Geschäftsinhaber infolge der Auflösung die Auseinandersetzung vornehmen müssen. Entsteht hierbei dann noch ein Saldo zu Gunsten des stillen Gesellschafters, dann ist er einfach an die Konkursmasse abzuführen.

Es ist jedoch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß ein Saldo zu Gunsten des Geschäftsinhabers entsteht. Dies würde dann der Fall sein, wenn der stille Gesellschafter die Einlage nicht gezahlt hat, er jedoch am Verlust beteiligt ist und er nun jetzt diesen Verlust mit seiner rückständigen Einlage oder einem Teil derselben decken muß. In dem Fall natürlich, wo die Einlage gezahlt ist, kann kein Saldo zu Gunsten des Geschäftsinhabers entstehen.

---

[1]) Dies meint Behrend „Hdch." S. 678 § 94.
[2]) Staub S. 1012 Ann. 11 zu * 340 H. G. B.
[3]) Lehmann-Ring S. 677 § 340 Nr. 5 H. G. B.

Diesen Saldo kann er nur als gewöhnliche Konkursforderung geltend machen.[1]) Ein Recht auf abgesonderte Befriedigung dieses Saldos hat er nicht. Ein solches Recht für ihre aus dem Gesellschaftsverhältnis bei dessen Auflösung sich ergebenden Forderungen haben die Gesellschafter nur aus dem Anteil, der bei der Auseinandersetzung ermittelt würde (§ 51. K. O. Bei der stillen Gesellschaft ist aber ein solcher Vermögensanteil des stillen Gesellschafters, aus dem der Geschäftsinhaber eine abgesonderte Befriedigung beanspruchen könnte, nicht vorhanden.

Fällt der Geschäftsinhaber in Konkurs, dann bestimmt das Gesetz[2]) zunächst, daß der stille Gesellschafter nur dazu berechtigt ist, seine Einlage, soweit sie den Betrag des auf ihn fallenden Anteils am Verlust übersteigt, als Konkursforderung geltend zu machen. Es geht also daraus hervor, daß ihm ein Absonderungsrecht aus § 51 K. O. nicht zusteht. Dies entspricht auch vollständig dem zwischen dem Geschäftsinhaber und dem stillen Gesellschafter bestehenden vermögensrechtlichen Verhältnis, daß der stille Gesellschafter keinen Anteil an einem Gesellschaftsvermögen besitzt, sondern nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückerstattung in Geld.

Der stille Gesellschafter kann jedoch nicht nur den Geldbetrag seiner Einlage, sondern sein gesammtes Guthaben als Konkursforderung geltend machen, mithin also auch nicht abgehobene Gewinnanteile.

Die Berechnung des Guthabens des stillen Gesellschafters erfolgt jedoch nicht durch den Geschäftsinhaber, sondern durch den Konkursverwalter. Dieser hat die Auseinandersetzung auf Grund des § 340 H. G. B. außerhalb des Konkursverfahrens vorzunehmen.[3])

Für den Fall, daß die Einlage noch rückständig ist, hat der stille Gesellschafter die Einlage nicht vollständig, sondern nur bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung seines Anteils am Verlust erforderlich ist, zur Konkursmasse einzuzahlen.[4])

---

[1]) Lehmann-Ring S. 679 § 341 Nr. 4.
[2]) H.G.B. § 341 bf. A1.
[3]) K. O. § 16.
[4]) H. G. B. § 341 Abs. 2.

Ferner ist, wenn die stille Gesellschaft durch Konkurs des Geschäftsinhabers aufgelöst wird, noch der Fall von Wichtigkeit, daß der Geschäftsinhaber dem stillen Gesellschafter unentgeltliche Zuwendungen gemacht hat z. B. er hat ihm die Einlage und seinen Verlustanteil erlassen oder die Einlage zurückgewährt. Solche Handlungen des Geschäftsinhabers würden auf Grund der Vorschriften der K. O. § 32 ff angefochten werden können.

Aber neben den allgemeinen Vorschriften der Konkursordnung ist den Gläubigern noch ein besonderes Anfechtungsrecht durch das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 [1]) in dem Fall verliehen, wenn auf Grund einer in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkurses zwischen dem Inhaber des Handelsgeschäfts und dem stillen Gesellschafter getroffenen Vereinbarung diesem die Einlage ganz oder teilweise zurückgewährt oder sein Anteil an dem entstandenen Verluste ganz oder teilweise erlassen worden ist. Dann kann nämlich die Rückgewähr oder der Erlaß von dem Konkursverwalter angefochten werden. Es begründet auch keinen Unterschied, ob die Rückgewähr oder der Erlaß unter Auflösung der Gesellschaft stattgefunden hat oder nicht.[2])

Objekt der Anfechtung ist hiernach die Rückgewährung der Einlage und Erlaß des Verlustanteils. Es kann sich jedoch nur um die Rückgewährung der bereits geleisteten Einlage handeln, ist sie noch nicht geleistet, kann sie auch nicht zurückgewährt werden.

Was nun den Verlust anlangt, der Gegenstand des Erlasses gewesen ist, so kann es sich nur um den Verlust handeln, der zur Zeit der Vereinbarung entstanden ist. Der Verlust aus späteren Geschäften kommt hierbei nicht in Betracht.[3])

Voraussetzung für die Geltendmachung des Anfechtungsrechtes ist, daß der Erlaß des Verlustanteils oder die Rückgewähr der geleisteten Einlage auf Grund einer zwischen dem Geschäftsinhaber und dem stillen Gesellschafter abgeschlossenen Vereinbarung erfolgt

---

[1]) H. G. B. § 342.

[2]) H. G. B. § 342.

[3]) Vgl. Lehmann-Ring S. 680 Nr. 4 zu § 342 H. G. B., Staub S. 1017 Anm. 4 zu § 342 H. G. B., R. G. Bd. 31 S. 37 unten, Behrend „Hdcht." § 95. Anm. 16.

ist. Hat also die Rückgewähr der Einlage aus anderen Gründen stattgefunden, ist § 342 H. G. B. nicht anwendbar. Ferner muß diese Vereinbarung während der Dauer der stillen Gesellschaft stattgefunden haben, nicht etwa, bevor sie überhaupt ins Leben getreten war.

Nicht notwendig ist aber, daß der stille Gesellschafter und der Geschäftsinhaber durch die Vereinbarung die Gläubiger haben schädigen wollen.[1])

Die Ausübung des Anfechtungsrechtes hat nach den Vorschriften der Konkursordnung zu erfolgen.[2]) Sie kann also auch gegen die Erben[3]) des stillen Gesellschafters und dessen Rechtsnachfolger[4]) erfolgen, jedoch gegen letzteren nur unter den von der Konkursordnung in § 40 Ziffer 1 und 2 gegebenen Voraussetzungen.[5])

Die Wirkung der Anfechtung ist, daß die zurückgewährte Einlage wieder eingezahlt werden muß und ein etwaiger Erlaß des Verlustanteils rückgängig gemacht wird. Denn der Zweck der Anfechtung ist, wie aus der ratio[6]) der Bestimmung des § 342 H. G. B., eine unbillige Begünstigung des stillen Gesellschafters auf Kosten der Gläubiger zu verhindern, zu ersehen ist, den früheren Zustand wieder herzustellen.[7])

Die Anfechtung ist jedoch ausgeschlossen, wenn der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung der Rückgewähr oder des Erlasses eingetreten sind.[8])

Die zu beweisen, wird aber Sache des stillen Gesellschafters sein.

In vielen[9]) Fällen wird ihm dies gelungen sein, wenn er nachweist, daß der Geschäftsinhaber zur Zeit der Rückgewährung der

---

[1]) Denkschrift S. 186.
[2]) H. G. B. § 342 Abs. 3.
[3]) § 40. K. O.
[4]) K. O. § 40.
[5]) Lehmann-Ring S. 681 Nr. 7 zu § 342 H. G. B.
[6]) de citato S. 680 Nr. 2 zu § 342 H. G. B.
[7]) de citato S. 681 Nr. 8.
[8]) H. G. B § 342 Abs. 2.
[9]) Staub H. G. B. S. 1017 Anm. 5 zu § 342.

Einlage oder des Erlasses des Verlustanteils solvent war. Aber es wird nicht in jedem Fall genügen. Denn die eingetretene Insolvenz des Geschäftsinhabers kann leicht gerade darin ihren mittelbaren oder unmittelbaren Grund haben, daß der Geschäftsinhaber dem stillen Gesellschafter die Einlage zurückgewährt und den Anteil am Verlust erlassen hat.[1])

Der stille Gesellschafter wird also darthun müssen, daß zwischen dem Konkurse des Geschäftsinhabers und der Rückgewährung der Einlage oder dem Erlaß des Verlustanteils kein ursächlicher Zusammenhang bestanden hat.[2])

---

[1]) Lehmann-Ring S. 681 Nr. 9 zu § 342 H. G. B.

[2]) eodem.

Lebenslauf.

Ich, Paul Karl Friedrich Mitscher, wurde am 30. September 1873 zu Berlin als Sohn des dort ansässigen selbstständigen Kaufmanns und Fabrikbesitzers Karl Mitscher und seiner Ehefrau Martha, geb. Fesca, geboren. Meinen Vater verlor ich schon früh, er starb bereits im Jahre 1879 an einem Leiden, das er sich aller Wahrscheinlichkeit nach in Folge des Feldzuges 1870/71, an dem er als Offizier des Beurlaubtenstandes teilgenommen, zugezogen hatte. Meine Erziehung wurde darauf von meiner Mutter geleitet.

Meine Schulbildung erhielt ich auf dem Köllnischen Gymnasium zu Berlin, das ich nach Vollendung des 7. Lebensjahres bezog und Ostern 1893 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Zunächst wandte ich mich drei und ein halbes Jahr dem kaufmännischen Fache zu, um mir eine eingehende Kenntnis des Handels und insbesondere des Bankfaches anzueignen und war zu diesem Zweck in zwei Berliner Firmen tätig. Von Michaelis 1896 an studierte ich dann an der Berliner Universität Rechts- und Staatswissenschaften. Gehört habe ich dort bei den Herren Professoren Dernburg, Eck, Pernice, Gierke, Brunner, Oertmann, Seckel, Heymann, Burchard, Hübler, Kahl, Kohler, Schmoller, Wagner und Oldenberg. Ostern 1901 beendete ich meine Studien und bestand am 1. November 1901 die erste juristische Prüfung. Am 15. November 1901 wurde ich darauf zum Referendar ernannt und bin jetzt als solcher in Berlin tätig. In meine Studienzeit fällt auch die Ableistung meiner Militärpflicht. Doch zog ich mir hierbei einen schweren Schaden zu, wodurch ich mehrere Monate krank und später felddienstunfähig wurde.

Meine Konfession ist evangelisch.